

رقابة دستورية القوانين

دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر

هشام محمد فوزي

تقديم

محمد مرغني خيري



مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

ملحوظة

ورد محتوى هذا الكتاب بصورة أكثر تفصيلا وإسهائيا في رسالتنا للدكتورة بعنوان رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر التي نوقشت في ٢١/٤/١٩٩٨، وحصلت على تقدير جيد جدا مع التوصية بتبادلها مع الجامعات الأجنبية، وقد تشكلت لجنة المناقشة والحكم من كل من:

١.أ.د. محمد ميرغني خيرى

استاذ القانون العام بجامعة عين شمس مشرفا - ورئيسا.

٢.المستشار الدكتور عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة الدستورية العليا السابق - عضوا

٢.أ.د. ربيع أنور فتح الباب

استاذ القانون العام بجامعة عين شمس عضوا.

رقابة دستورية القوانين

دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر

مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

- هو هيئة علمية وبحثية وفكرية تستهدف تعزيز حقوق الإنسان في العالم العربي ويلتزم المركز في ذلك بكافة المواثيق والعهد والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان. يسعى لتحقيق هذا الهدف عن طريق الأنشطة والأعمال البحثية والعلمية والفكرية بما في ذلك البحوث التجريبية والأنشطة التعليمية.
- يتبنى المركز لهذا الغرض برامجاً علمية وتعليمية، تشمل القيام بالبحوث النظرية والتطبيقية، وعقد المؤتمرات والندوات والمناسقات والحلقات الدراسية. ويقدم خدماته للدارسين في مجال حقوق الإنسان..
- لا ينخرط المركز في أية أنشطة سياسية ولا ينضم لأية هيئة سياسية عربية أو دولية تؤثر على نزاهة أنشطته، ويتعاون مع الجميع من هذا المنطلق.

مجلس الأمناء

د. إبراهيم عوض (مصر)	د. عبد المنعم سعيد (مصر)
أ. أحمد عثمانى (تونس)	د. عزيز أبو حمد (السعودية)
أ. اسمي خضر (الأردن)	د. غانم النجار (الكويت)
أ. السيد ياسين (مصر)	أ. فاتح عزام (فلسطين)
د. أمال عبد الهادي (مصر)	د. فيوليت داغر (لبنان)
د. سحر حافظ (مصر)	د. محمد أمين الميداني (سوريا)
د. عبد الله النعيم (السودان)	د. هيثم مناع (سوريا)
أ. هاني مجلي (مصر)	

منسقة برنامج المرأة	مدير البحوث	المدير التنفيذي
أمال عبد الهادي	جمال عبد الجواد	علاء قاعود

المستشار الأكاديمي	مدير المركز
محمد السيد سعيد	بهي الدين حسن

رقابة دستورية القوانين

دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر

الدكتور هشام محمد فوزى عبد الفتاح

المستشار المساعد بمجلس الدولة

عضو هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا «ندبا»

تقديم:

الدكتور محمد مرغنى خيرى

أستاذ القانون العام بجامعة عين شمس

رقابة دستورية القوانين

هشام محمد فوزي

© حقوق الطبع محفوظة ١٩٩٩

الناشر : مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

٩ شارع رستم - جاردن سيتي - القاهرة

تليفون : ٣٥٤٣٧١٥ - ٣٥٥١١١٢

فاكس : ٣٥٥٤٢٠٠

العنوان البريدي: ص ب: ١١٧ مجلس الشعب - القاهرة

E.mail cihrs@idsc.gov.eg

إخراج : مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

رقم الإيداع

٩٩ / ١٩٢٣

الترقيم الدولي

I.S.B.N.

بسم الله الرحمن الرحيم
من يهتد الله فهو المهتد
ومن يضلل فلن نجد له وليا مرشدا
سورة الكهف « آية ١٧ »

إهداء

أهدى هذا الجهد المتواضع إلى:

١ - شيوخ قضاة مصر أعضاء المحكمة الدستورية العليا، عله يكون آية على جيل من قضاة مصر، وقر في قلبه وضميره وصدقه عقله وعمله ما ترسيه المحكمة المبجلة من مبادئ سامية.

٢ - العالم الجليل والوالد النبيل الأستاذ الدكتور / محمد مرغنى خيرى، المشرف على الرسالة، تعبيرا عن الحب والعرفان والتقدير.

٣ - زوجتى السيدة / جيهان صادق - المسئول الإعلامى بالأمم المتحدة، *UNICEF*.. لجهودها الجبارة المساهمة فى إعداد هذه الرسالة.

كلمة الرسالة

يقول إلكسندر هاميلتون - أحد واضعي الدستور الأمريكي - «إن الحقوق التي ينبغي تقديسها للبشر لا يجوز أن يكون بحثنا عنها من خلال أوراق، أو وثائق عتيقة أو بالية، بل يتعين النظر إليها باعتبار أن يدا إلهية صاغتها ودونتها، كأشعة الشمس في سجل البشرية، ويستحيل بالتالي أن تمحوها أو تعرقها سلطة دنيوية تتعرض للفناء».

ويقول القاضي روبرت جاكسون - عضو المحكمة العليا الأمريكية منذ ١٩٤١ إلى ١٩٥٥ - «إن نهائية ما يقضى به قضاة المحكمة العليا لم يأت من عصمتهم، بل إن العصمة حقا مردها لتلك النهائية».

We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.

تقديم

لقد سعدت أعظم سعادة لما أخطرني أحد تلامذتي السابقين بالدولومات وهو المستشار المساعد/ هشام محمد فوزى برغبته فى أن أشرف على رسالته للدكتوراه بعنوان/ رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، ومرد ذلك إلى أمرين.

أولهما: أن رقابة دستورية القوانين أمر شديد الأهمية ولا يمكن إغفاله، إذ بدأ كل مواطن فى مصر يشعر بأهمية تلك الرقابة وينورها المؤثر فى حياته، وذلك على الأخص منذ بداية التسعينيات من هذا القرن، إذ نشطت محكمتنا الدستورية العليا بصورة غير مسبقة ولا معهودة فى رقابتها للدستورية، وتدخلت تلك المحكمة فى كافة المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية بجرأة تحسد عليها لدرجة أنه لو حافظت المحكمة على نهجها فربما يمكن الاستغناء عن منظمات حقوق الإنسان اعتمادا عليها.

ثانيهما: أن ابني/ هشام ينتمى إلى قضاء مجلس الدولة، وقضاء المشروعية والدستورية - فى اعتقادي - صنوان أو وجهان لعمله واحدة، ومن ثم فإن قضاء المشروعية والدستورية يفهمون بعضهم البعض أكثر من غيرهم، إذ يسيرون على وتيرة واحدة نون تسك حرفي بقوالب جامدة، وهكذا يكون قاضي المشروعية مسلحا - ومن زاوية أولية - بما يلزم لسبر غور المسألة الدستورية وفهم كنهها ومحتواها بعد إزالة ضبابها وضلالاتها، بل يمكنه أن تأثير وجاهد الإضافة إليها - كما فعل الباحث.

وقد لاحظت على الباحث إبان سنوات إعداده للرسالة تهمسه البالغ للموضوع وحرصه على دراسة الوضع المقارن فى أمريكا بنوع من التفصيل.

وبعد أن انتهى إعداد الرسالة واشتد عودها واستوت على سوقها لاقت ما تستحقه من تقدير وثناء من لجنة المناقشة والحكم التي شرقت برئاستها.

والواقع أنه قيمت العديد من الرسائل التي تناولت موضوع رقابة الدستورية فى مصر إلا أن لهذه الرسالة الحالية سمة خاصة حيث إن معدّها قد أمكنه الرجوع مباشرة إلى أحدث الأحكام الصادرة فى الولايات المتحدة الأمريكية - مهد الرقابة على دستورية القوانين - ولذا فإن إعدادها بعد حوالى أربعين عاما من الرسالة الأولى فى الموضوع التي أعدها الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد وبعد عشر سنوات من رسالة المستشار الدكتور عادل عمر شريف، كان أمرا غاية فى الأهمية، وحالف التوفيق توقيت إعدادها، حيث عاصر مرحلة كانت محكمتنا الدستورية العليا فى أوج نشاطها.. وتأمل أن تستمر عليه إن شاء المولى.

وبالترتيب على ما تقدم فإن هذه الرسالة تعد ركيزة أساسية فى الموضوع ولا يجارها إلا القليل ومما يدعم وجهة نظري الألفة وجود مردود على كبير لما طرحته الرسالة من أفكار تمثل له على النحو التالى:-

١ - هاجمت الرسالة بشدة الرقابة السياسية وأوضحت عيوبها ومآخذها وقد حدث عملا أن حوكم المفكر الإسلامى رجاء جابروى استنادا لقانون جيسوء -والذى يحظر أى مناقشة أو بحث للقرارات التي صدرت عن محكمة نور مبرج لمجرى الحرب العالمية الثانية، وبالتالي يحظر أى بحث أو تساؤل عما تعرض له اليهود على يد النازى، ولكننا يعلم الهجوم الكبير الذى تعرض له هذا القانون بحسبانه يخل بحرية التعبير لدرجة أن البعض اعتبره مشبوها فى دستوريته من واجهته، ومع ذلك فلم يكن هناك حيلة أمام القضاء الفرنسى سوى

تطبيقه، وهكذا يتحول القضاء فى ظل الرقابة السياسية لآلة صماء لتطبيق القوانين دون بحث دستوريتهـا.

٢ - تعرضت الرسالة لنظام المحقق المستقل، وقد تابع العالم أجمعه التحقيق مع الرئيس الأمريكى بيل كلينتون استنادا لهذا النظام نظرا لاتهامه بعلاقة آثمة مع المدعوة مونيكا لوينسكى المتدربة السابقة بالبيت الأبيض.

٣ - طالبت الرسالة بتعيين المرأة كقاضية، وكلنا يلمس كيف أصبح يعلو نغمة هذا المطلب حاليا فى وسائل الإعلام - بغض النظر عن موقفنا الشخصى من الأمر - بل إن نادى القضاة عقد مؤتمرا فى هذا الشأن، وعينت مؤخرا امرأة لأول مرة كرئيس النيابة الإدارية.

٤ - امتدحت الرسالة أداء المحكمة الدستورية العليا الاقتصادى خاصة حكمها الهام المتعلق بضرورة الحفاظ على سلطة البنك المركزى على البنوك التجارية إذ إن العودة إلى اقتصاد السوق فى ظل ظروف العرض والمطلب لا يعنى أن تكون الحرية إلى منتهاها، إذ أن انهيار البنوك كارثة كبرى.

ونلمس حاليا جميعا الانهيار الذى حدث للول المسماة بالنموذج الآسيوية والذى مردة وفقما أعلن السيد رئيس الجمهورية - بعد دراسة أجرتها الحكومة للأمر لتفادى حدوثه لدينا - إلى ضعف إشراف الدولة على البنوك والائتمان فى هذه الول، وهو الأمر الذى منعه مسبقا المحكمة بحكمها الآنف.

٥ - ولعل أهم نقطة تؤكد وجهة النظر فى أهمية هذه الرسالة هو أن الباحث قد أفرد مبحثا كاملا لبحث مشكلة الأثر الرجعى لأحكام المحكمة الدستورية العليا عامة والخطورة الكبيرة التى تعود على المحكمة منها وخاصة فيما يتعلق بعدم دستورية القوانين الضريبية وحاول تقليل الخطورة الأنفة بالاعتداد بالتقادم، وقد صدق حدس الباحث، إذ ما هى إلا أيام معدودة بعد مناقشة الرسالة وصدر بالفعل القرار الجمهورى رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ناصا على أنه «ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبى لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم بعدم دستورية هذا النص».

وقد انشرح صدرى لما علمت بتحمس مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان لطبع هذه الرسالة ونشرها للفائدة المرتجاة من هذا الأمر، ذلك أن الثقافة الدستورية إذا ما انتشرت بين أبناء الوطن هى الحامى الحقيقى للمحكمة الدستورية وللدستور بالتالى.

وأمل نهاية أن يحتذى الباحثون بهذه الرسالة وأن تجذبهم إلى القانون الدستورى، إذ لازال الأمر يحتاج إلى العديد من الرسائل فى هذا المجال.

وليحفظ الله الأمة العربية والإسلامية
وليحفظ الله الوطن

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

أستاذ دكتور/ محمد مرغنى خيرى

أستاذ القانون العام
كلية الحقوق جامعة عين شمس

مقدمة

إن موضوع الرقابة على دستورية القوانين هو موضوع عظيم الشأن بحسبان أنه هو الوسيلة اللازمة لرد طغيان السلطة التشريعية وإرجاعها إلى حدودها الدستورية، ومن ثم فهو الوسيلة الأساسية لضمان نفاذ القاعدة الدستورية، وبغيره ربما تغدو تلك القاعدة خلوا من جزاء موضوعي على مخالفتها. ولهذا فإن الدول ذات الدساتير الجامدة ما فتئت تهتم بهذا الموضوع صوتا لدستورها ومحافظة على سموه.

وما من شك في أن التجربة الأمريكية هي التجربة الرائدة في هذا المجال، وقد بدأت بقضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية ماربيري ضد مديسون سنة ١٨٠٢، إذ أكدت المحكمة حقها في رقابة دستورية التشريعات أو بالأدق الامتناع عن تطبيق التشريعات التي ترى تعارضها مع الدستور وأعملت بالفعل لازم ذلك ومقتضاه، ومنذ ذلك التاريخ وحتى كتابة هذه السطور لازالت التجربة الأمريكية تطور من الرقابة وحدودها وقبورها.

والحق أن موضوع الرقابة الدستورية في أمريكا تناوله بشكل شامل ومتعمق أستاذنا الدكتور/ كمال أبو المجد في رسالته في هذا الشأن والتي تمت مناقشتها في ٨ فبراير ١٩٥٨ وبعد ذلك جاءت رسائل أخرى لتتناول هذا الموضوع، ورغم تقديرنا لها، إلا أنه مازال في الجعبة الكثير مما يمكن بذله لتغطية هذه التجربة الرائدة والاستكمال ما توقفت عنده الرسائل.

وإذا كان ما سلف هو سبب اختيارنا هذا الموضوع للبحث فيه فإن هناك سببا آخر دفعنا إليه ولا يقل أهمية عن السبب الأول ألا وهو أن التجربة المصرية تتطور هي الأخرى تطورا كبيرا وخاصة منذ إنشاء المحكمة العليا سنة ١٩٦٩ والتي خلفتها المحكمة الدستورية العليا سنة ١٩٧٩، والمتتبع لأحكام المحكمة الأخيرة يجد أن تلك المحكمة تقترب في الكثير من اتجاهاتها من أحكام المحكمة العليا الأمريكية، ومن ثم فإن فهم رقابة الدستورية في أمريكا وتحليلها وفهم رقابة الدستورية في مصر وتحليلها والموازنة والمقارنة بين النظامين، سوف يساهم ولاغرو في إثراء الفكر القانوني وسوف يكون له نتائجه العملية.

وهذا التقارب بين أحكام المحكمتين لا يعني وحسبما أدعى تبعية محكمتنا المصرية لنظيرتها الأمريكية أو تفقيدها بالدستور الأمريكي، وإنما مرده الحقيقي إلى أن المبادئ الدستورية باتت ذات مفهوم عالمي مستقر في الضمير الإنساني، وأصبح مألوفًا ظاهرة هجرة المبادئ الدستورية، فلما يعرض قضاء على محكمتنا الدستورية فإنها تتأمل في المبادئ المستقرة عالميا في المحاكم الدستورية والدولية المختلفة وأولها وأهمها المحكمة العليا الأمريكية بحسبانها أقدم تلك المحاكم عمرا وأكثرها خبرة وأمتها ثباتا واستقرارا، لتستأنس بتلك المبادئ في إطار من الالتزام بأحكام الدستور المصري.

هذا ولاتعد العبرة حقيقة بحرفية النص الدستوري، وإنما بتلك المبادئ المستقرة في الضمير الإنساني والتي تشق ضمنا من نصوص الوثيقة الدستورية، ولذلك تعمدنا أن تكون كلمة الرسالة هي تلك التي قررها إلكسندر هاميلتون والمؤيدة للمعنى الأنف.

ويوجد سبب آخر للتقارب هو أنه وإن جاز القول بأن المحكمة العليا الأمريكية هي المصنف الأول عالميا على مستوى المحاكم الدستورية، فإن محكمتنا وإن كانت حديثة النشأة إلا أنها لا تقل عن ذلك الترتيب كثيرا فهي ذات أداء عالمي أيضا، ومن ثم من الطبيعي نتيجة هذا التقارب في المستوى أن يتناغم الأداء بين كلتا المحكمتين فتتداخل المعاني وتتصافر الجهود ليحدث تقارب شديد في تلك الأحكام التي تحمي حقوق الإنسان

على اختلافها السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

ومع ذلك فالاختلاف بين المحكمتين موجود وقائم في بعض الأمور مثل المسائل الدينية والتي تتأثر باختلاف النصوص الدستورية حولها والبيئة المحيطة، فبينما تتدخل الشريعة الإسلامية بنصوصها قطعية الثبوت والدلالة لتكون هي مناط قياس دستورية أى نص تشريعى تم إصداره بعد التعديل الدستوري سنة ١٩٨٠ يجعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسى للتشريع، نجد أن الحرية الدينية هي الأساس وفق نص التعديل الأول للدستور الأمريكى.

وبعد، فلعن هذه الدراسة ومثيلاتها تكون فاتحة شهية لفقهاء القانون العام نحو مزيد من البحث في القضاء الدستوري المقارن، فمن عجب أن فقه القانون العام يضع جل تركيزه على القضاء والقانون الإداريين رغم استقرار مبادئهما كتلك المتعلقة بالموظف العام والمرفق العام والتي تكاد تكون قد قتلت بحثًا، بينما يهمل القضاء الدستوري ويترك العبء كله للمحكمة الدستورية.

ونرى أن القضاء الدستوري - قياسا على سوق المال المصرى إن جاز ذلك القياس - هو سوق صاعد واعد والاستثمار الفقهي فيه شديد الربحية والمحكمة الدستورية في أمس الحاجة إليه تحقيقا لاتساع الفائدة وعظم النفع.

وفي ظل عالم أحادى القطبية وبعد إقرار اتفاقية الجات وبخول العالم في اتفاقيات ومعاهدات لابد أن تتسق مع القالب الأمريكى، فإن نمط المدرسة الأمريكية سوف ينمو يقينا على مستوى العالم كله على حساب النمط اللاتينى أو الفرنسى، وإن يقتصر ذلك على المجال الدستوري فحسب وإنما ينتظر أن يشمل كافة الأفرع القانونية.

وسوف ننتهج - إن شاء الله - في هذه الرسالة منهج بحث قضائى مقارن يعتمد على التحليل القضائى المقارن لأحكام القضاء الدستوري الأمريكى والمصرى مع تناول آراء الفقه الأمريكى والمصرى كلما كان ذلك ضروريا.

وقد قسمنا هذه الرسالة إلى خمسة أبواب رئيسية وباب ختامى، وقد خصصنا الباب الأول لرقابة دستورية القوانين من حيث نشأتها في كل من الولايات المتحدة الأمريكية ومصر، موضحين فيه تشكيل المحكمة التى تتولى الرقابة ومحلها.

وفي الباب الثانى تناولنا كيفية تحريك الرقابة، حيث يوجد ثلاثة طرق في كل من أمريكا ومصر، طريق مشترك بين البلدين وهو طريق النفع بعدم الدستورية، أما الطريقتان الأخران فهما في أمريكا طريق أوامر المنع وطريق الأحكام التقريرية وفي مصر طريق الإحالة وطريق التصدى.

وطالما كانت هذه الرسالة تقوم على منهج بحث قضائى مقارن فقد رأينا أنه من الأنسب أن نخصص الباب الثالث لذلك الغرض، لإيضاح التطورات الحديثة في رقابة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لدستورية القوانين واتجاهات المحكمة الدستورية العليا في مصر في ممارستها للرقابة مع التركيز على محكمة التمييز، وهى تلك التى رأس معظم فترتها المستشار الدكتور/ عوض المر- وحتى كتابة هذه السطور.

أما الباب الرابع فقد خصصناه لبيان العوامل المؤثرة في إصدار الحكم الدستوري، إذ إن الحكم الدستوري منطوقا وأسبابا والذي درسنه تفصيلا بالباب الثالث هو خلاصة عوامل تتضافر وتتجمع لتؤدى إليه، وقد ركزنا على تلك العوامل موضحين أهمها وهى مبدأ التقييد الذاتى وهو عبارة عن ضوابط لممارسة

الرقابة تمنع القضاء الدستوري من الانحراف عن أداء دوره إما إيجابا بأن يتحول إلى حكومة القضاء أو سلبا بتقاعسه عن القيام بمهمته الدستورية.

والحق أن نشاط المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في بعض فترات تاريخها قد دفع البعض إلى الاعتقاد بأنها قد تجاوزت دورها فبدأ التفكير في تقييدها بل وإلغائها، وهو الأمر الذي حدث مثيله بمصر بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا ومن ثم فقد خصصنا الباب الخامس لتلك المحاولات، والذي اشتمل على فكرة الحوار الدستوري بوصفها مانعة من التصادم بين القضاء الدستوري والسلطتين التشريعية والتنفيذية، وتقوم على خطأ المبالغة في الاعتقاد في السيادة القضائية المطلقة وفي اعتبار القضاء الدستوري حامى حوى القواعد الدستورية، إذ قد يحمله ذلك ما لايطيقه ولايقدر عليه.

وقد أكد ذلك ما قرره رئيس المحكمة العليا الأمريكية «ايرل وارن» ذات مرة، من أنه يجب على القضاء أن يلعبوا دورا محدودا في النظام السياسي إذ تقع مسئولية وضع القواعد المتفقة مع الدستور على عاتق السلطتين التشريعية والتنفيذية، بل إنه حتى في ذلك المجال لايجب زيادة الاتكال على السلطتين الأنفتين بحسبان أن ذلك مسئولية كل مواطن.

هذا ومما يؤكد ما سلف أن الرئيس الأمريكى «جيمس بوكانين» كان قد ذكر ذات مرة أن ما تنقسم عليه الأمة الأمريكية بصدد مسألة العيوبية تختص به المحكمة العليا دستوريا، وكان جزءا تحميل المحكمة لهذه المسئولية وحدها هو أن حكمها في قضية «العبد ردد سكوت» قد أدى إلى قيام الحرب الأهلية الأمريكية.

والخلاصة أنه لاحماية الحرية والديمقراطية وللبادئ الحكومة المقيدة بغير رفض للسيادة المطلقة للسلطات الثلاث في الدولة.

وإذا استقرت فكرة التقييد الذاتي لدى القضاء، فلا خوف على مستقبل الرقابة إذ سيكون أكثر إشراقا وتفتحا وهو ما ختمنا به الباب الخامس.

فإذا استوى الأمر على ما تقدم فقد خصصنا الباب الأخير والختامى من هذه الرسالة ليكون بابا تقييميا لكلنا التجريبتين الأمريكية والمصرية موضحين الدور الدستوري لكلنا المحكمتين، والدروس التي يمكن الاستفادة بها من التجربة الأمريكية عليها تكون مرشدة للمحكمة الدستورية العليا المصرية في حاضرها ومستقبل أيامها، وختمناه ببعض التوصيات.

وإذا كانت القاعدة أن الصغير يتعلم من تجارب الكبير، وإذا كانت التجربة المصرية حديثة العهد مقارنة بنظيرتها الأمريكية العتيقة في العمر فلا بأس أن تستفيد الأولى من الثانية فتأخذ محاسنها وتتجنب مأخذها ومثالبها.

وإذا كانت المحكمة العليا الأمريكية قد مرت بمحنة قاسية إبان عهد الرئيس «روزفلت» لتجاوزها لحدودها الدستورية، فلا بأس أن تتجنب المحكمة الدستورية العليا المصرية حدوث مثل هذا الاصطدام بأن تقيد نفسها داخل حدود الرقابة.

وبعد فهذه الإرهاسات وغيرها سنحاول عبر أبواب وفصول هذه الرسالة أن نوضحها، راجين من المولى العلى القدير أن يوفقنا لما فيه الخير....

الباب الأول

نشأة الرقابة الدستورية في أمريكا ومصر

الفصل الأول

نشأة الرقابة الدستورية في أمريكا

« مصادرها - تشكيل المحكمة العليا التي تتولاها - محلها »

تقسيم:

رقابة الدستورية في أمريكا هي رقابة امتناع عن تطبيق النص المقتضى بعدم دستوريته وهي ليست رقابة إبطال كما هو الحال في مصر، ومرجع ذلك إلى أن رقابة الدستورية تكاد تكون المحكمة العليا الأمريكية قد خلقتها خلقا رغم غياب النصوص الدستورية الصريحة المؤيدة لها.

ونرى أن هناك مصادر ساهمت مجتمعة في نشأة تلك الرقابة وتدعيمها وهي النص الدستوري مع بعض التجاوز في تفسيره، ووجود رقابة سابقة على ماربري، ونوايا واضعي الدستور، ومبدأ الفيدرالية، وسابقة ماربري ضد ماديسون سنة ١٨٠٣، وأخيرا حقيقة دور المحكمة العليا الأمريكية في المخطط الدستوري وعدم تعارضه مع الديمقراطية الحقيقية، وبمعنى آخر زوال التعارض بين الرقابة الدستورية والديمقراطية.

وسوف ندرس كلاهما سلف في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني سنهتم بكيفية اختيار قضاة المحكمة العليا الأمريكية بحسبان أن هذه المحكمة ترأس كافة المحاكم الأمريكية، وهي صاحبة الفضل في الرقابة الدستورية وفي تقييم القضاء الدستوري لكافة المحاكم الأمريكية الأدنى منها. وأخيرا سنعرض في مبحث ثالث من هذا الفصل لمحل الرقابة.

المبحث الأول

مصادر الرقابة الدستورية

تقسيم:

إن رقابة الدستورية تثير العديد من الأسئلة الملحة والتي قد يصعب الرد عليها وهو كيف أن القضاة المعيّنين مدى الحياة بالمحكمة العليا يستطيعون أن يقرروا بالنسبة لمصاحبة سياسات تبنّاها

ممثلون منتخبون من الشعب؟.

وإذا كان لهذه الرقابة الدستورية الأهمية الكبيرة التي يتحدث عنها فلماذا لم ينص عليها الدستور صراحة؟، وفي مقابل ذلك ففعل المرء يتعجب كيف يمكن للدول المحافظة على دستورها بدون تقرير حق الرقابة الدستورية؟! وإلى حد ما يمكن القول بأن رقابة الدستورية فيها نوع من الخلق إذ هي طريقة للتشريع القضائي، وقد قال أحد الفقهاء قديما وبالتحديد سنة ١٧١٧ «من كان له السلطة المطلقة في تفسير أى قانون مكتوب أو مسموع هو في الحقيقة معطى القانون وليس الإنسان الذي كتبه في البداية أو قال به (١)».

وتطبق الرقابة الدستورية في أمريكا على مستوى التشريع الفيدرالي وفي الولايات، وكذلك على مستوى القرارات الرئاسية الفيدرالية وتلك الصادرة من الولايات.

وعندما يتخذ المشرع أو رئيس البلاد أفعالا لا تلقى قبولا من المصوتين فإنه يمكنهم عدم إعادة انتخابهما ثانية، ومن ثم فصندوق الانتخاب يمثل امتحانا دوريا لدى شرعية المنتخبين وإعادة تأكيد سلطتهم.

ويحدث أن تتخذ المحكمة العليا أحكاما غير مستحبة من المصوتين تلغى بها قرارات صادرة عن الكونجرس المنتخب من الناحية الواقعية وإن كان المنطق القانوني يقضى بأن الأمر هو مجرد امتناع عن تطبيق النص غير الدستوري، إلا أنه وأيا كانت وجهة النظر فإنه يبقى تساؤل هام وهو ما مصدر تلك السلطة الخطيرة؟.

وكما أسلفنا فهناك مصادر (2) خمسة مجتمعة ساهمت في نشأة وتدعيم الرقابة هي كالتالي:

أولا : النص الدستوري.

ثانيا: السوابق السابقة على حكم المحكمة العليا في قضية ماربري ضد ماديسون.

ثالثا: نوايا واضعى الدستور.

رابعا: تأييد الرقابة من أنصار الفيدرالية وخصومها.

خامسا: قضية ماربري.

سادسا: زوال التعارض بين الرقابة والديمقراطية.

المطلب الأول

النص الدستوري

المادة (٣) فقرة ١ من الدستور الأمريكى تؤول السلطة القضائية في الولايات المتحدة لمحكمة عليا واحدة ولحاكم أقل، حسيما يأمر به الكونجرس وينشئه منها من وقت لآخر، وتنص الفقرة الثانية من المادة (٣) على أن السلطة القضائية تمتد إلى جميع القضايا طبقا للعدل والقانون، ومن ثم لا نستطيع القول بأن هناك نص صريح في الدستور الأمريكى يؤكد الرقابة الدستورية على أعمال الكونجرس.

هذا ويلاحظ أنه رغم أن الدستور لا يعطى سلطة للرؤساء في الامتيازات التنفيذية، وعزل المعينين من وظائفهم وفي إصدار أوامر تنفيذية لها قوة القانون أو أن يدخلوا في معاهدات دولية بدون

استشارة وموافقة الكونجرس، فقد وافقت المحكمة العليا على هذه السلطات على أساس من المادة الثانية من الدستور حيث استخلصت منها ضمنيا السلطات السالفة.

ويمكن استخلاص سلطة الرقابة الدستورية ضمنيا من مصدرين أولها المادة الثالثة فقرة ٢ والتي تمد السلطة القضائية إلى كل القضايا طبقا للعدل والقانون والتي تنشأ في ظل الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات التي أبرمت أو التي ستبرم طبقا لسلطاتها، ثانيها المادة السادسة والتي نصت على الفقرة الشهيرة المعروفة بفقرة السيادة بأنه «... سيكون هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التي ستصدر فيما بعد طبقا له، وجميع المعاهدات المبرمة، أو التي ستبرم، تحت سلطة الولايات المتحدة، القانون الأعلى للبلاد وسيلتزم بذلك القضاة في كل ولاية ولا يلتفت لأي شيء مخالف لهذا في دستور أو قوانين أي ولاية».

ويظهر من ذلك أن الرقابة الدستورية على دستور وقوانين الولايات منصوص عليها صراحة بينما الرقابة الدستورية على أعمال الكونجرس ليست كذلك ويبدو أن ذلك حكمة. وقد علق القاضي هولز (3) ذات مرة على ذلك بأن قرر بالعبارة الآتية «إنني لا أظن أن الولايات المتحدة قد تنتهي لو أن المحكمة العليا قد فقدت سلطتها في إلغاء قانون صادر عن الكونجرس، وإنني أظن أن الاتحاد سيتعرض للخطر لو أننا لم نستطع إلغاء قوانين الولايات المتعددة».

المطلب الثاني

الرقابة قبل سابقة ماربري

هناك عدة سوابق مهدت لتقرير حق الرقابة الدستورية في قضية ماربري ضد ماديسون سنة ١٨٠٣، فالجهود البريطانية التي اتخذت في سنة ١٧٦٠ وما بعدها لإعادة السيطرة على أمريكا في صورة قوانين برلمانية قد استفزت المستعمرات لتتهم هذه القوانين بمخالفتها للقانون العام والمنطق ومن ثم يجب إلغاؤها وقد أثر ذلك في قضية (العالم الخفي) سنة ١٧٧٦.

ومن أشهر التحديات الأمريكية لقانون برلماني كان سنة ١٧٦١ عندما ادعى بأن موظفي الجمارك البريطانيين ليس من حقهم إجراء البحث والتفتيش لعدم تزويدهم بتلك السلطة قانونا، وبفرض حدوث ذلك فإنه سيكون مخالفا للدستور والعدالة الطبيعية ومن ثم يجب إلغاء تلك السلطة (4).

وفي سنة ١٧٦٦ قضت محكمة فيرجينيا بأن قانون الدفعة غير دستوري، وعشية الاستقلال وجه قاض من ولاية ماساشوست هيئة المحلفين لتقرير أن قوانين البرلمان تنتهك القانون الأساسي ويجب تجنيها.

هذا ومبدأ أن المحاكم تستطيع أن تلغي قانونا صادرا عن البرلمان ظهر في رأي رئيس القضاة كوك في قضية دكتور «بونهام» سنة ١٦١٠ بأن قرر بأنه عندما يكون القانون الصادر عن البرلمان مخالفا للقانون العام والمنطق أو به تحيز أو يستحيل تطبيقه فيجب أن تكون السيطرة للقانون العام وعلى القاضي أن يلغي ذلك القانون (5). وقد تأثر بوجهة النظر هذه عدد من القضاة البريطانيين في القرن السابع عشر والثامن عشر لكن بالرغم من ذلك لا يمكن القول بأن مبدأ الرقابة الدستورية قد اتخذ جذوره من إنجلترا.

ويمكن القول بأن واضعى الدستور قد تأثروا لحد ما بتعليقات بلاك ستونز والتي كانت رافضة لرقابة الدستورية بحسبانها تعطى سمو للقضاء على المشرع الأمر الذى يكون تأثيره مدمرا⁽⁶⁾.

والحقيقة أن جعل القوانين الصادرة عن البرلمان غير صالحة للتطبيق لا يعنى التسليم النهائى بسلطة رقابة الدستورية للمحاكم الأمريكية وخاصة على المستوى القومى، والسوابق التى تؤيد رقابة الدستورية قبل سابقة ماربرى كلها كانت صادرة عن قضاة ولايات وكان هؤلاء القضاة يستخدمون لغة صلبة فى أحكامهم واختلف الدارسون حول قوة هذه السوابق⁽⁷⁾.

المطلب الثالث

نوايا واضعى الدستور

فى وقت مؤتمر وضع الدستور توقع بعض الصانعين مسألة الرقابة القضائية وإن لم يكن لديهم نظرية واضحة وكاملة عنها، وقد كان هدف الصانعين الأساسى هو استبدال حكومة مركزية أكثر فاعلية بالاتحاد الكونفيدرالى، وحل المنازعات بين الولايات، ومحاولة الحد من إساءة استعمال التشريع، وكان التركيز الأساسى على كيفية بناء وتنظيم سلطة القضاء الفيدرالى، وبدلا من السيادة التشريعية التى كانت موجودة استنادا إلى نصوص الاتحاد الكونفيدرالى فإن الكونجرس الجديد سيكون واحدا من الأفرع الثلاثة المتساوية والمتعاونة، وخطة فيرجينيا التى قدمها إدmond راندولف، ونيوجيرسى التى قدمها ويليام باترسون قد هدفنا إلى خلق قضاء مستقل ترأسه المحكمة العليا وبرغم ذلك فهما لم يحسما مسألة خلق محاكم فيدرالية أدنى أم ترك محاكم الولايات كما هى.

ولا شك أنه كان هناك قلق كبير لدى واضعى الدستور تجاه مسألة أن هناك ثلاثة عشر محكمة ولاية يمكنها أن تعلن أحكاما متضاربة، إذ لا يمكن أن ينتج من ذلك إلا النزاع والمشاحنات.

وقد تم حل هذه المشكلة بتبني فقرة السيادة سالفة الذكر، لكن موضوع الرقابة الدستورية على أعمال الرئيس والكونجرس كان له حظ أوفر من المجادلة والخلاف.

وقد كان هناك قلق واضح تجاه السلطة قبل التشريعات وقد قال جيمس ماديسون ما معناه أن السلطة التشريعية تمتد لكل مكان وأن نشاطها يجذب كل السلطات لركزها، وعبر العديد من الممثلين الحاضرين عن نفس الاهتمام، ويمكن التقرير بصفة عامة أن الميل نحو إعطاء المحاكم سلطة نهائية على التشريعات لم يكن ضعيفا.

ومن إحدى المسائل التقليدية لدارسى الدستور هو تحديد كم عدد الصانعين الذين كانوا مع الرقابة الدستورية وقد أوصلها البعض إلى سبعة عشر كما قيل بأنهم كانوا خمسة أو ستة⁽⁸⁾.

وهناك دراسات عديدة فى هذا الأمر بها مذاق الروح القتالية مع أو ضد رقابة الدستورية⁽⁹⁾، ورغم ذلكبقى هذا الأمر غير مستقر وهو يضافى روحا كبتية ضد النشاط القضائى، وقد نوقشت مسألة الرقابة الدستورية فى مؤتمر فيلادلفيا كوسيلة لكبح الكونجرس والولايات، ولقد كان من أهم المسائل الخلافية مسألة الاعتراض على التشريعات الصادرة عن الكونجرس، فقد اقترح تكوين مجلس من التنفيذيين والقضاة الفيدراليين لمراجعة التشريعات الصادرة عن الكونجرس قبل العمل بها وقبل ظهور سلبياتها، وقد اعترض البعض على ذلك واقترحوا أن يؤدى ذلك فحسب إلى إعادة

عرض التشريع ثانية على الكونجرس بصورته المعدلة.

وبعض الفقهاء رأوا في رفض مجلس المراجعة ما يعنى رفض واضعى الدستور للمراجعة القضائية بينما فهمها البعض بأنها عكس ذلك.

وقد قال ماديسون بأن القانون الذى ينتهك الدستور لا بد من إلغائه ولكن هذه المقولة تقتصر على التشريعات الصادرة عن الولايات وليس على المستوى الوطنى، إذ إنه بعد عام من ذلك كتب ماديسون إلى توماس جيفرسون ما مفاده أنه ينكر أن الدستور قد أعطى السلطة للمحكمة العليا فى إلغاء أعمال الكونجرس لأن هذا سيجعل القضاء على القمة فوق المشرع وهذا لا يمكن أن يكون مقصودا أو مناسباً (10).

وقد قام «جيمس ويلسون» قبالة أن يصبح عضواً بالمحكمة العليا بالدفاع عن مفهوم الرقابة الدستورية فى مؤتمر التصديق ببينسلفانيا إذ يجب أن يبقى المشرع داخل حدود معينة لا يتجاوزها ولا تدخل القضاء لمنع ذلك.

وقرر أوليفر الورث أنه يتوقع أن القضاء الفيدراليين سيمتنعون عن تطبيق القوانين المتعارضة مع الدستور.

وفى مؤتمر التصديق بفيرجينيا توقع جون مارشال أيضاً أن القضاء الفيدراليين سيمتنعون عن تطبيق القوانين غير الدستورية. ومما سلف يفهم أن رقابة الدستورية قبل بها لطمأنة الولايات إلى أن السلطة الوطنية سوف تكبح ولن تكون مطلقة.

ويلاحظ أن أوراق الفيدراليست تنطوى على العديد من المقالات التى تساند رقابة الدستورية ، والمقالة الرئيسية التى كتبها «هاميلتون» (11) كانت لتخفف من مخاوف الولايات من سلطة الحكومة المركزية وقد استعار منها «جون مارشال» ليدعم وجهة نظره فى قضية ماربى، ولكن يلاحظ أن تحمس هاميلتون للرقابة الدستورية قد جاء متأخراً إذ إن خطته المقدمة فى مؤتمر فيلادلفيا عام ١٧٨٧ لم تنطو على إعطاء هذه السلطة للقضاء إذ ذكر أن القضاء ليس وكالة للإلغاء.

وفى السنوات ما بين التصديق على الدستور وحتى تقرير مبدأ الرقابة الدستورية شاهد هذا المبدأ محاولات لتقريره وكان غالبيتها بالكونجرس، وعندما تقدم ماديسون بمشروع قانون الحقوق لمجلس النواب تنبأ أن يصبح جزءاً من الدستور وأن المحاكم المستقلة ستعتبر نفسها ضامنة لتطبيق (12) هذا القانون، ولكن بعد تسعة أيام وحال المجادلة على إزالة السلطة الرئاسية أنكر ماديسون على الكونجرس تسليمه بحق المحكمة فى هذه المسألة الدستورية إذ ليس لسلطة أن تستمد من الدستور أكثر مما أعطاه، وقد رفض ماديسون التمسك بالرقابة الدستورية التى تمسك بها مؤيدو البنك المركزى للقضاء بعدم دستورية أحد التشريعات (13).

المطلب الرابع

تأييد الرقابة من أنصار الفيدرالية وخصوصها

وقع إعلان الاستقلال سنة ١٧٧٦، وانقطع العداء مع الإنجليز سنة ١٧٨١ واكتملت الثورة الأمريكية سنة ١٧٨٢ بتوقيع معاهدة السلام مع إنجلترا، وفى فبراير سنة ١٧٨١، صدقت ثلاث

عشرة مستعمرة على مواد الاتحاد الكونفيدرالي والذي عاش مدة سبع سنوات حتى كتب الدستور سنة ١٧٨٧ وصدق عليه سنة ١٧٨٨ وبعد ثلاث سنوات أضيف إعلان الحقوق. وهناك أسئلة كثيرة أثارت بصدد ذلك وهي لماذا وجدت الولايات أن من الضروري وضع الدستور؟ وما هي المشاكل التي وضع الدستور لحلها؟.

وحقيقة فإن صانعي الدستور - وإلى درجة كبيرة - كانوا عمالقة وأذكىاء ومؤهلين ولديهم قدرة كبيرة على التنبؤ بالمستقبل ولديهم إيمان بالديمقراطية.

ولفهم سبب وضع الدستور فلا بد من فهم طبيعة الاتحاد الكونفيدرالي السالف عليه والذي تم تبنيه بعد الاستقلال لتحقيق نوع من الوحدة بين الولايات في العلاقات الخارجية والمشاكل الداخلية ولكن بقي للولايات سيادتها، إذ نص على أن تحتفظ كل ولاية بسيادتها وحريتها واستقلالها وقضائها، وغاب اثنان من الثلاثة أفرع المعروفة للحكومة وهما السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، وكان هناك فحسب نص على سلطة الكونجرس والتي لها حق تأسيس محكمة استئناف وطنية للبت في القضايا البحرية.

وقد أحدث الدستور تغييراً في الإطار العام الذي حددته نصوص الاتحاد الكونفيدرالي وأهم هذه التغييرات هو خلق سلطة تنفيذية، وإعطاء الكونجرس السلطة في فرض الضرائب وتنظيم التجارة، وكذا خلق القضاء الفيدرالي والذي ترأسه المحكمة العليا.

وقد ورد بالتعديل العاشر ما يمثل تقليداً شاحبا لنصوص الاتحاد الكونفيدرالي السالفة على الدستور بأن السلطات التي لم تفوض للولايات المتحدة بمقتضى الدستور ولم تحظر بواسطته على الولايات يحتفظ بها للولايات كل على حدة أو للشعب، ولكن يعادل من تأثير ذلك ما ورد بباقي مواد الدستور من تقوية السلطة الاتحادية.

والحقيقة أن الدستور كان له معارضون اعتبروه خيانة للمبادئ التي قامت عليها الثورة الأمريكية (14).

ومن وجهة نظر المعارضين للفيدرالية فإن مهمة الحكومة الأولى هي أن تضمن الاحتياجات العامة الأساسية، ولذلك فهم يؤمنون بعدم المركزية لأنه فقط في المجتمعات الصغيرة يكون من الممكن تحقيق وتطوير عدم الأثنية وفكرة تكوين الذات للمصلحة العامة، ولذلك فإنهم ضد التوسع الكبير في سلطات الحكومة الوطنية، بحسبان أن تلك الحكومة الوطنية صاحبة السلطات القوية سوف لا تتواءم مع القيم الأهلية وسوف يخلق هذا المناخ تباعداً وتنافراً بين السلطة والمواطنين وسيصعب على المرء أن يذفن مصالحه الشخصية أمام المصلحة العامة.

هذا ويقر معارضو الفيدرالية بأن الحكومة لا يمكن أن تكون للشعب بنفسه ولكن عن طريق ممثليه على المستوى الوطنى وفي الولايات، ومن ثم فإن الدستور المقترح من البديهي أنه سيقبل من عدم المركزية التي يعتنقها المعارضون للفيدرالية بوصفها وسيلة لتحقيق الحرية الحقيقية. ويتوقع خصوم الفيدرالية أن النظام الدستوري الموضوع سيؤدى إلى عدم الاهتمام بمصالح الأفراد، وضعف محاسبة المسؤولين رغم أن لديهم قدرات اختيارية فائقة في وضع القانون والسياسة.

وفي رأى خصوم الفيدرالية فإن التجارة تمثل تهديداً لمبادئ الثورة الأمريكية لأنها تعطي فرصة

الطموح أن يعلو وتؤدي لتفكك القيم الإنسانية، ويعتبر الفقيه العالمى مونتسكيو مصدرا لمعتقدات خصوم الفيدرالية إذ قال فى كتابة الشهير روح القوانين إنه فى الدول التى يتحرك فيها الإنسان فقط بروح التجارة يصبح كل شئ إنسانى عرضة للبيع والشراء وكذا كل القيم المعنوية واحتياجات البشر مهما كانت تقاؤها⁽¹⁵⁾.

وخلاصة الأمر أن خصوم الفيدرالية نظروا إلى الدستور المقترح على أساس من أنه لا يتفق مع المبادئ التى قامت عليها الثورة الأمريكية إذ إنه يؤدي إلى عدم الاهتمام بالمصالح الشخصية حال إدارة العملية السياسية، كما يخلق حكومة قوية ومسيطرته تركز فقط على المسائل الاقتصادية التى تخضع لمنطق البيع والشراء دون نظر للقيم الإنسانية.

وكان من البديهي أن يحاول الفيدراليون أن يربوا على اتهامات خصومهم وذلك بإعادة صياغة مبادئ الاستقلال بما يمثل تأييدا لوجهة نظرهم، وغالبية جهودهم يمكن التماسها حال قراءة أوراق الفيدراليست وهى عبارة عن مقالات كتبت للدفاع عن الدستور المقترح للبلاد للرد على خصوم الفيدرالية، وقد نشرت باسم (Publius) ولكنها كتبت فى الواقع بواسطة «جيمس ماديسون» و «الكسندر هاميلتون» و «جون جاي»، ورغم أن هذه الأوراق يرجع إليها عادة كوسيلة لفهم نظرية الدستور وقصد واضعيه فإن من المهم أن يفهم أن هذه المقالات تعد فى بعض الأحيان نوعا من الدعاية وكتبت لتقنع المترددين وهذا لا ينفي عنها صفتها الأصلية.

وصفوة القول إنه وقع خلاف تاريخى ما بين فريقين أحدهما مع الفيدرالية والآخر ضدها، وذلك حال وضع الدستور، لذا نصت المادة السابعة على أن «تصديق تسع ولايات سيكون كافيا لإقامة هذا الدستور بين الولايات التى تقره».

وأثير الخلاف حول توزيع السلطة ما بين المؤسسات الوطنية وفى الولايات، وعن كيفية حماية الحقوق الشخصية.

وقد اهتم خصوم الفيدرالية - بعد أن تأكد لهم أن الدستور قادم لا محالة - بمحاولة حماية سيادة الولايات والحكومة الدستورية الصغيرة على المستوى الفيدرالى على أساس أن التجانس بين الولايات وبعضها البعض سيكون هو الأفضل لتحقيق الفضائل، إذ سيقل احتمال عدم الاستقرار والنزاع، كما أن الحكومة الصغيرة ستشجع على وجود اتصال ما بين المواطنين وممثلهم وسيزيد ذلك من ثقة المواطن فى نفسه وفى ممثليه.

بينما رأى الفيدراليون أن استمرار سيادة الولايات سوف يؤدي إلى نقص حقوق الملكية وضعف التطور الاقتصادى وضعف ثقة المواطن فى الحكومة، بينما وجود مجلس شيوخ قوى مثلا سوف يقلل من احتمالات تعرض الأقلية لاضطهاد الأغلبية⁽¹⁶⁾.

وهكذا فإن الحكومة الوطنية ذات السلطات الكبيرة والإدارة الجيدة إضافة إلى رقابة الدستورية سوف تحد من سوء استعمال السلطة بواسطة القادة وسوف تحمي حقوق المواطن ومصالحه.

وقد سادت النظرية الفيدرالية على النظرية المضادة لها على أساس من ضمان الحقوق المتعلقة بشكل الحكومة ونظامها فى صلب الدستور مع الحرص على حماية حقوق الأفراد فى وثيقة الحقوق «التعديلات العشرة الأولى للدستور».

ولما كانت النظرية الفيدرالية تعتمد في ركيزتها على رقابة الدستورية فإن سيادة هذه النظرية تعد من أهم أسباب تقرير تلك الرقابة.

وقد ساهم أيضا في تدعيم الرقابة أن خصوم الفيدرالية المعتدلين رأوها وسيلة مناسبة لحماية حقوق الأفراد والولايات.

المطلب الخامس

قضية ماربري ضد ماديسون⁽¹⁷⁾

كان هناك صراع بين الفيدراليين الذين يهدفون إلى تقوية السلطة المركزية وخصومهم المدافعين عن حقوق الولايات واختصاصاتها على نحو ما أسلفنا.

ولما أجريت الانتخابات العامة سنة ١٨٠٠ أسفرت عن فوز جيفرسون بالرئاسة وهو من خصوم الفيدرالية، فعمد الرئيس الفيدرالي خلال الفترة المتبقية على تسليم الرئاسة إلى شغل بعض المناصب الهامة باتحاديين.

وركز الاتحاديون «الفيدراليون» على السلطة القضائية، وسنحت فرصة تعيين رئيس اتحادى للمحكمة العليا خلفا للقاضي إلزورث المستقيل، وهو جون مارشال الاتحادي صاحب المكانة المرموقة.

وكان ما سلف جزءا من البرنامج المخطط للسيطرة على السلطة القضائية ومن ضمن فصوله الهامة تعديل قانون النظام القضائي الصادر مع الدستور سنة ١٧٨٩، إذ أصدر الكونجرس قبل انقضاؤه قانونا حديثا لتنظيمها فأنشأت محاكم إقليمية جديدة مما اقتضى تعيين ستة عشر قاضيا، كما حول الكونجرس الرئيس سلطة تعيين عدد آخر من قضاة المحاكم الجزئية للعمل في إقليم كولومبيا، وأنقص القانون عدد القضاة بالمحكمة العليا من ستة إلى خمسة لمنع منح الرئيس الجديد فرصة تعيين عضو بالمحكمة العليا لو وافقت المنية أحد القضاة بها.

وخلال الفترة الأخيرة لأدمز في منصب الرئاسة، وافق مجلس الشيوخ على تلك التعيينات ووقع الرئيس على قرارات التعيين في منتصف اليوم السابق على تخليه عن عمله ولذلك عرف هؤلاء القضاة باسم قضاة منتصف الليل.

وفي غمرة الأحداث ولظروف الاستعجال نسي الرئيس أن يسلم عددا من قرارات التعيين إلى أصحابها، وامتنعت الحكومة الجديدة عن تسليمها إليهم، فرفع ماربري وثلاثة من زملائه دعوى على ماديسون وزير جيفرسون يطلبون فيها من المحكمة العليا إصدار أمر قضائي *writ of mandamus* بتسليمهم قرارات التعيين لممارسة وظائفهم.

وفي ظل تاهب من الجمهوريين «خصوم الفيدرالية» للحكم الوشيك، وفي ظل موازنات سياسية دقيقة كان على «مارشال» أن يراعيها، حتى لا تظهر المحكمة بصفة المتخوف في أول محك حقيقي لها من ناحية، ومن ناحية أخرى حتى لا تظهر متعنتة متدخلة في أعمال السلطات الأخرى، رأى «مارشال» بداءة أن ماربري حق مكتسب في وظيفته وفي تسلم قرار تعيينه بحسبان عدوان «ماديسون» أمرا غير مشروع على حقه المكتسب.

كما رأى «مارشال» أنه لا غضاضة في إلزام «ماديسون» عن طريق أمر التنفيذ بحسبان أنه يقع عليه واجب مقيد ومحدد بتسليم أمر التعيين إلى صاحب الحق فيه.

وبعد ذلك لجأ مارشال إلى مناورة أنهلت أنصاره وخصومه، عندما وجد الفقرة الثالثة عشر من قانون النظام القضائي الصادر عام ١٧٨٩، والتي قررت للمحكمة العليا الاختصاص بإصدار الأوامر السالفة بصفة أصلية، تخالف المادة الثالثة (18) من الدستور والتي تحدد الاختصاص الابتدائي والاستثنائي للمحكمة العليا إذ تقرر الفقرة الثانية بعد تعدادها للمسائل التي تختص بها المحكمة العليا اختصاصا ابتدائيا أنه في سائر المسائل الأخرى المذكورة في صدر الفقرة الثانية يكون للمحكمة اختصاص استثنائي فيما يتعلق بالوقائع والقانون، إلا ما يستثنيه الكونجرس من ذلك وفقا لتنظيمه هذا الاستثناء، ومؤدى ذلك كما يقول «مارشال» أن المحكمة تختص بالمسائل المذكورة في صدر المادة اختصاصا استثنائيا أما حق الكونجرس في الاستثناء فمؤداه أن يحرم المحكمة العليا من بعض صور هذا الاستثناء، وليس مؤداه البتة أن له - حسبما قام بالفقرة الثالثة عشرة من قانون النظام القضائي - توسيع اختصاصها ابتدائيا في بعض هذه المسائل. وعلى ذلك فإن الفقرة الثالثة عشرة سالفة الذكر فيها محاولة غير جائزة لتوسيع الاختصاص الابتدائي للمحكمة خلافا للنص الدستوري السابق تحليله.

ويعد الحكم السالف هو أول حكم تصدره المحكمة العليا الأمريكية بعدم دستورية قانون ما، وهو السابقة ذات القيمة التي لا يخلو منها مرجع دستوري، كما أن الأسباب التي ذكرها الحكم يحدث كثيرا أن تقتبس منها المحاكم الدستورية في العالم.

ولا جدال في أن هذه السابقة خاصة ومحكمة «مارشال» عامة هي الداعم الأساسي لاستقرار حق المحكمة العليا في رقابة الدستورية.

المطلب السادس

زوال التعارض بين الرقابة الدستورية والديمقراطية

أحد المتاهات الهامة في القانون الدستوري الأمريكي هو ما يتعلق بأن الدستور يفرض السيادة للشعب والذي يختار ممثليه ثم يحدث بعد ذلك أن تلغى المحاكم عمل السلطة التشريعية والرئيس استنادا لمبدأ رقابة الدستورية.

وينظر للرئيس والكونجرس عادة بصفتهم مسؤولين تجاه المواطنين بصورة أكبر من النظرة للقضاة الفيدراليين، الذين تمتد ولايتهم لدى الحياة. ومن هذه الوجهة يمكن القول بأن الرقابة الدستورية تمثل صعوبة تعيق إرادة الأغلبية (19).

فكيف إذن يمكن تبرير السلطات التي تقررت في قضية ماربري؟ وبعض التفسيرات تستند إلى عملية التفسير الدستوري فيقتروح دائما أن النزاع بين الرقابة الدستورية والديمقراطية يمكن أن ينعدم أو يقل جدا إذا ما كانت رقابة الدستورية مقتصرة فحسب على تقرير ما إذا كان عمل الكونجرس ينتهك الدستور، وفي هذه الحالة فإن القاضي لا يفرض قيمة الشخصية وإنما يفرض

على المشرع أن يحترم الدستور، وبهذا الفهم يمكن التمييز بين الإرادة وهى مجال عمل السياسى والحكم وهو مجال عمل القاضى.

وقد تبنت المحكمة الفهم السابق فى إحدى قضايا سنة ١٩٣٦ إذ قضت بأنه عندما يتم تحدى عمل الكونجرس فى المحاكم لعدم اتفاقه مع الإلزام الدستورى فإن الفرع القضائى من الحكومة عليه واجب واحد وهو أن يضع المادة من الدستور التى تم انتهاكها بجوار النص الذى أحدث المخالفة ويقرر فى ذلك (20).

وهناك من يرى أن القضاة بيرعون فى عملية التفسير وذلك مرجعه لانعزالهم عن الضغط السياسى بما يسمح لهم باتباع الطرق السليمة فى التفسير (21). بينما هؤلاء الذين يكونون محلا للضغوط السياسية على النقيض يجوبون أن يروا عملية التفسير متأثرة وملوثة بالعواطف السياسية.

وليس من الواضح تماما أن الدور القضائى حال فهمه على النحو السالف سوف يقلل تماما من التعارض بين الرقابة الدستورية والديمقراطية، إذ ستبقى مشكلة تحتاج إلى شرح ألا وهى كيف أن كلا من الفرع التشريعى والتنفيذى لا ينظر إليهما كمسئول عن تفسير النصوص الدستورية ؟.

ويرى أحد الفقهاء أنه لا بد أن نعيد الرأى الذى يرى أن المحكمة (22) العليا هى المؤسسة الإلهية للديمقراطية الأمريكية والتى تنوم أبدا لتدافع عن صعوبة مواجهة الأغلبية (التي تضع القانون الحالى). وعندما تلتزم المحكمة بالدستور وتجعله نبراسا لها فإن ذلك فى حقيقته التزاما بما تم الموافقة عليه من قبل بواسطة الأغلبية الدستورية أى الأغلبية التى اقترحت وصدقت على الدستور الأصلية وتعديلاته بدلا من أن يكون الأمر فى حقيقته عمل ضد فعل الأغلبية.

وفى هذا المعنى فإن الرقابة الدستورية بقيامها بمنع الساسة العاديين من مخالفة السياسات الدستورية تمثل وسيلة لتأكيد أن الأنانية والتجاهل وعدم الاكتراث الكامنة فى نفوس هؤلاء الساسة لا مجال لها حال مخالفة الدستور والذى يعد ممثلا للروح العامة والإرادة الشعبية.

وهناك من يرى خلاف (23) ذلك، فينظر إلى الرقابية الدستورية حتى عندما لا يمكن تجنبها بوصفها تمثل شيئا خطيرا إذ بقيامها بتصحيح الأخطاء التشريعية عن غير طريق الشعب تكون مؤذية إلى أن يفقد الشعب الخبرة السياسية فى تصحيح أخطائه، ويفقد الشعب مسئوليته فى تصحيح الأخطاء اتكالا على المحاكم.

وقد يثور التساؤل حول لماذا يكون الدستور سائدا ؟. ونرى أن الدستور يسود لأنه يعبر عن الإرادة المؤسسة للشعب رغم أن هؤلاء الذين وضعوه وصدقوا عليه قد توفاهم الله، إضافة إلى أن الشعب وقتها لم يكن يشمل فئات كثيرة مثل الزوج والهنود والمرأة.

ولأنه بغيره ستسود الفوضى إذ سيختلف الناس عن يكون الرئيس بل يمكن أن يختلفوا حول عدد الرؤساء (24) والبناء الأساسى للسلطات والذى ينظمه عادة الدستور الأمر الذى لو تحقق لأفضى لكارثة.

ونرى أن أساس مهاجمة الرقابة الدستورية يكمن فى مسألة تفسير الدستور، إذ إن القضاة لن يفسروا الدستور وفق إرادة واضعيه وإنما وفق إرادتهم السياسية اعتمادا على أن الكثير من نصوص الدستور غامضة، ومن ثم فهم يمارسون الاختيار القضائى بين العديد من المفاهيم بما ينطوى على فرض للقيم السياسية للقضاة.

وقد قضت المحكمة العليا بمضمون ذلك بأن قررت أنه ليس⁽²⁵⁾ حلاً أن نصر على أن نصوص الدستور وما عنته - وقت وضعه - يجب أن يكون هو ذات ما تعنيه حالياً فلو أن ما نص عليه الدستور كان معناه هو ذات المعنى الآن، فهذا مقصود به القول بأن الفقرات الهامة في الدستور يجب أن تتقيد بالتفسير الذي تبناه الصانعون وفقاً للشروط ووجهة النظر في ذلك الوقت، وهو ما لا يمكن القول به. هذا ويقترح عند التفسير الدستوري أن يتم فحص النصوص الدستورية وتفسيرها استناداً إلى القصد الأصلي لواضعيه والمصدقين عليه ولكن هناك صعوبات تعترض ذلك:

أولها: أن النية المرتبطة بهذا الأمر يمكن أن يقصد بها نية واضعي مسودة الدستور أو أهل الولايات الذين صدقوا عليه، والصعوبة هنا هو أنه عندما يكون صانع القرار جهازاً كبيراً مكون من عدد ضخم من البشر فمن الطبيعي أن يكون هناك اختلاف بينهم، كما أنه من الصعب التوصل إلى قصد هؤلاء بالنسبة لمسألة تستحدث في المستقبل.

كما تثير الصعوبة حول عمومية النص، إذ الحقيقة أن العديد من النصوص الدستورية تكون غامضة ومبهمّة ومثال ذلك فقرة التجارة والحماية المتساوية والعقوبات الوحشية وغير المعتادة وحرية التعبير، فيمكن قراءة هذه النصوص بمفهوم جامد أو بمفهوم مرّن يتغير بحسب الأحوال، والاختيار بين الأمرين سيؤدي لنتائج جد مختلفة فمثلاً بالنسبة لفقرة الحماية المتساوية فالسؤال حولها يثور حول هل هذه الفقرة تنطبق على التفرقة العنصرية بالنسبة للمواطنين السود فحسب أم يمكن أن تتسع لغيرهم؟ أي تتسع لكل حالة تتوافر فيها التفرقة غير المبررة بين البشر.

هذا ويمكن أن نستخلص من نصوص الدستور أن واضعيه قصدوا تفويض الذين سيأتون في المستقبل السلطة في وضع قرارات وقوانين حول معاني النصوص الدستورية طبقاً لما يستجد من أحوال⁽²⁶⁾ تحت رقابة المحكمة العليا.

ونرى أنه لا يمكن تحقيق الديمقراطية إلا إذا اتفق الشعب على كيفية الحكم عن طريق الدستور، ويصعب تحقيقها ما لم يحكم القواعد القانونية واللائحية دستور مكتوب ورقابة دستورية.

والقواعد الإجرائية اللازمة لتحقيق الديمقراطية تتحقق بصورة أفضل عندما تتقرر وتستند لفكرة الالتزام المسبق والتي تحصن تلك القواعد من التأثير بجدول الأعمال السياسي والانتخابات السياسية.

وقد يرى البعض أن المحاكم ليست مؤهلة تماماً لرقابة الإجراءات اللازمة لتحقيق الديمقراطية، إلا أننا نرى أنه نظراً لغياب الجهاز القادر على رقابة تلك الإجراءات بفعالية تفوق فعالية المحاكم فمن ثم فإن المحاكم هي أفضل الموجود لتحقيق ذلك والبديل هو الإخلال بالحدود الدستورية.

وصفوة القول أن المرء عندما ينظر إلى القانون الدستوري يجده نتاجاً للجهود القضائي للمحكمة العليا أكثر من كونه مجرد وثيقة دستورية غير متحركة.

وعندما نستعرض طريقة اختيار القضاة لاحقاً بالمبحث الثاني من هذا الفصل سنجد أنها قد لا تكون ديمقراطية - من وجهة نظر البعض - إلا أنه بتحليل أحكام المحكمة العليا سنجد ديمقراطية القرار إذ غالباً ما تتفق مع الرغبة الشعبية، ونادراً ما تشكل تهديداً لأراء الأغلبية.

ويؤيد المعنى السالف أن التعديلين التاسع⁽²⁷⁾ والرابع عشر للدستور يعطيان فرصاً كبيرة للخلق إلا أن المحكمة أثبت أن تسعى للخلق مخالفة الإرادة الشعبية، وعندما أعلن القضاء عدم دستورية

التمييز العنصري كان ذلك في حينه متفقا مع الإرادة الشعبية.

ويعد موقف القضاء من الحرية الاقتصادية في الثلث الأول من هذا القرن مضادا للرغبة الشعبية واستثناء من القاعدة، بل إنه سوء استخدام للسلطة انتهى بعود المحكمة العليا بعد مواجهة روزفلت لها.

ولا بد من الاعتراف بدور المحكمة في إشباع حاجات الشعب المتعددة عن طريق المبادئ الدستورية المرسومة في الدستور، والتي لو كانت جامدة لأفرغ القانون الدستوري من محتواه المتطور، ومن ثم فإن فضل التطور يرجع إلى تلك الفقرات ذات النهاية المفتوحة والتي يطوعها القضاء لصالح الشعب (28).

وهكذا يمكن القول أنه مع الأيام تناقص التعارض الظاهري بين الرقابة والديمقراطية، وتبين أن المحكمة العليا إضافة إلى حفاظها على إرادة السلطة المؤسسة، فإنها ديمقراطية القرار، ومن ثم فإن المفهوم الحقيقي للديمقراطية مع الرقابة وليس ضدها.

ومن جانبنا نرى أن وصف المحكمة العليا بأنها غير ديمقراطية التشكيل فيه مبالغة بحسبان أن واضعي الدستور أدركوا أنه لو كان كل أعضاء السلطات الثلاث يسألون مباشرة أمام الشعب فسوف يعطى ذلك فرصة لطغيان الأغلبية القائمة، والتي ربما تعمل على إيذاء الأقلية خلافا للمبادئ الدستورية، لذا عمد الدستور إلى عزل قضاة المحكمة العليا والقضاء الفيدرالي عامة عن سلطة الناخبين، ليكون لديهم الشجاعة للوقوف في وجه الانتهاكات الدستورية عن طريق رقابة الدستورية.

فالديمقراطية يمكن فهمها بأنها مشاركة الشعب في الحكم إضافة إلى حماية الحقوق الشخصية وما قرره السلطة المؤسسة.

وقد استطاعت المحكمة العليا أن تقف في وجه السياسات العنصرية المؤيدة للترققة العنصرية والمضطهدة لحقوق الزوج في الولايات الجنوبية استنادا لفقرة الحماية المتساوية بالتعديل الرابع عشر، حفاظا على الديمقراطية المتمثلة في حماية المبادئ الدستورية والتي هي أقوى من مفهوم الديمقراطية الواهن الذي يأخذ بالشكل ويركز على سيطرة الأغلبية.

ولا خشية من طغيان القضاة في استخدامهم هذه السلطة للسببين التاليين:

١- إن طريقة التعيين - التي سوف نشرحها حالا في البحث الثاني - تمكن الناخبين من التأثير بطريقة غير مباشرة على تعيين القضاة، إذ الناخبون هم الذين ينتخبون رئيس البلاد الذي يرشح القضاة، ومجلس الشيوخ الذي يؤكد هذا الترشيح.

٢- إن القضاة أنفسهم يدركون حقيقة أن هناك ضعفا نسبيا للقضاء في مواجهة الفرعين الآخرين، وأن تنفيذ الأحكام القضائية يتوقف عمليا - وإلى درجة كبيرة - على الإذعان الإداري لتنفيذها من قبل السلطة التنفيذية.

وعلى ركيزة من ذلك يتجنب القضاء وعلى رأسه المحكمة العليا المواجهة الحادة ويلتزم بمعايير صارمة للتقييد الذاتي (29) سوف ندرسها لاحقا.

ولا شك أن تكشف كل الحقائق السالفة أمام الجميع قوى من الرقابة إلى حد بعيد فلا تعارض حقيقي بين الرقابة والديمقراطية سواء في طريقة تعيين القضاة بالمحكمة العليا أو في خدمتهم مدى الحياة، وأيضا في اتفاق غالبية الأحكام مع الإرادة الشعبية.

المبحث الثانى

كيفية اختيار قضاة المحكمة العليا الأمريكية

تحديد وتقسيم:

لما كانت المحكمة العليا هى التى تتولى القول الفصل فى مسألة الدستورية وتراجع المحاكم الأدنى منها فى هذا الأمر، فمن البديهي أن نهتم بكيفية تشكيل تلك المحكمة.

وتشكل المحكمة من تسعة قضاة، يظلون فى مناصبهم مدة تمتعهم بصحة طيبة وسلوك طيب «الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الدستور».

وقد رأينا التركيز على عملية اختيار قضاة المحكمة والعوامل التى تؤثر فيها، باعتبارها أمرا هاما فى الولايات المتحدة، وخاصة فى الفترة الأخيرة حيث أصبح أساسيا فى حملات مرشحي الرئاسة الأمريكية.

وعملية الاختيار الرسمية شديدة البساطة، إذ عندما يخلو مكان ما بالمحكمة بالموت أو الاستقالة، فإن الرئيس يرشح شخصا ما ويجب موافقة أغلبية مجلس الشيوخ حتى يتأكد ذلك الترشيح «الفقرة الثانية من المادة الثانية من الدستور».

وعندما يخلو منصب رئيس قضاة المحكمة فعندئذ يكون رئيس الولايات المتحدة بالخيار بين اختياره من بين القضاة الأعضاء بالمحكمة أو من غيرهم خارج المحكمة، وغالبا ما يسلك الرئيس ذلك النهج الأخير حتى يتسع الاختيار أمامه لهذا المنصب عظيم الشأن.

وأحيانا يحدث التعيين دون موافقة مجلس الشيوخ حالة أن يشغل المنصب فى الشهر الأخير لدورة المجلس أو فى فترات عدم انعقاد المجلس، وتعود سلطة الموافقة أو عدها للمجلس حال انعقاده إلا أنها تفقد مفعولها أمام حقيقة مؤكدة مؤداها قيام القاضى بعمله بالفعل داخل المحكمة، ولما كان مجلس الشيوخ قد أعرب عن عدم رضائه عن ذلك الأمر، فإنه منذ سنة ١٩٦٠ وحتى تاريخه لم تتم تعيينات أثناء فترة عدم الانعقاد. ولما كان خلو المكان داخل المحكمة هو الأمر الذى يتيح فرصة إحداث تعيينات بها والمسألة غير دورية، فقد كان طبيعيا أن الرؤساء تختلف فرصهم فى إجراء التعيينات بها.

فنجد مثلا أن الفترة الأولى لرئاسة فرانكلين روزفلت خلت من أى مكان شاغر بينما شهدت فترة رئاسته الثانية خمسة أماكن شاغرة مما أتيح له إجراء خمسة تعيينات بالمحكمة.

وفى أول ثلاث سنوات لحكم «ريتشارد نيكسون» ترك أربعة قضاة أماكنهم.

ونجد أن «جيمى كارتر» هو الرئيس الوحيد الذى لم يجر تعيينات بالمحكمة رغم قيامه بالخدمة كرئيس للبلاد لمدة كاملة فى الفترة من ١٩٧٧: ١٩٨٠ لعدم خلو أى مكان خلال تلك الفترة.

ورغم أن عملية التعيين شديدة البساطة على النحو الآنف إلا أنها فى جوهرها شديدة التعقيد ويتداخل فيها الكثيرون سواء بصفة غير رسمية أو بصفة رسمية (30).

وسوف ندرس فى هذا المبحث ما يلى:

المطلب الأول : دور المشتركين غير الرسميين فى عملية الاختيار.
الفرع الأول: جمعية المحامين الأمريكية والمجتمع القانونى بصفة عامة.
الفرع الثانى: جماعات المصالح.
الفرع الثالث: رئيس وأعضاء المحكمة العليا.
المطلب الثانى : العوامل المؤثرة على قرار الرئيس ومجلس الشيوخ.
الفرع الأول: العوامل المؤثرة على الرئيس فى الترشيح.
الفرع الثانى: العوامل المؤثرة على مجلس الشيوخ فى تأكيد الترشيح.
المطلب الثالث: حصيلة الاختيار النهائية.

المطلب الأول

دور المشتركين غير الرسميين فى عملية الاختيار

إن أهم المشتركين غير الرسميين فى عملية الاختيار هم جمعية المحامين الأمريكية والمجتمع القانونى بصفة عامة وجماعات المصالح ورئيس وأعضاء المحكمة العليا.
وسوف نناقش دور كل مجموعة على حدة.

الفرع الأول

جمعية المحامين الأمريكية والمجتمع القانونى بصفة عامة

إن جمعية المحامين الأمريكية (The American Bar Association) وتسمى اختصارا (ABA) هى منظمة تطوعية مكونة من محامين شكلت سنة ١٨٧٨، ونظرا لكثرة أعضائها واهتماماتها القومية فقد أصبحت تلك المنظمة هى الصوت الرئيسى والمقبول من العاملين بالقانون فى الولايات المتحدة الأمريكية، ومن ضمن أهم اهتماماتها اختيار قضاة الولايات حيث اهتمت باختيارهم على أساس من الكفاءة وليس على أساس سياسى.

وعلى المستوى الفيدرالى وافقت الـ (ABA) على الطريقة الرسمية الحالية فى اختيار القضاة لكنها تبذل مجهودا كبيرا للتأثير على ذلك الاختيار، ولكن تلك المحاولات كانت غير منتظمة حتى أنشئت لجنة بخصوص القضاء الفيدرالى سنة ١٩٤٦ وتلك اللجنة مكونة من أربعة عشر عضوا يتم اختيارهم عن طريق رئيس الـ (ABA) على أساس إقليمي، وقد عملت هذه اللجنة على أن تحصل على دور منتظم فى عملية الاختيار وبالأخص أن يكون لها دور فى الموافقة أو عدم الموافقة على المرشحين الأساسيين قبل الاختيار الأخير للرئيس، هذا وقد سمح للجنة السالفة أن تعطى توصياتها لإدارة الأمريكية بخصوص مؤهلات المرشحين ليكونوا قضاة فى المحاكم الأدنى من المحكمة العليا ولكن بالنسبة لقضاة المحكمة العليا فإن الرؤساء قد أظهروا استعدادا أقل لإعطاء اللجنة ذات الدور، فمثلا فى سنة ١٩٦٩ أعطت إدارة نيكسون للجنة سلطة الاعتراض على الترشيحات لجميع المحاكم

الفيدرالية عدا المحكمة العليا.

وينبع الموقف السالف من أن الرؤساء يعطون اهتماما أكبر لترشيحات المحكمة العليا عما يعطونه للمحاكم الأدنى ومن ثم يربون تقليل العوائق على ترشيحاتهم للمحكمة.

وينحصر دور اللجنة عادة في تقرير ما إذا كان المرشح مؤهلا أو غير مؤهل وذلك بعد أن يصبح الترشيح معروفا وقبل تمام الترشيح، أما إذا تم الترشيح فمن الصعوبة بمكان أن تعلن اللجنة أن المرشح غير مؤهل.

ويختلف الرؤساء في استعانتهم باللجنة وفي الدور المسموح لها به، فنجد مثلا أن الرئيس فورد سمح للجنة الـ (ABA) أن تنتظر وتبحث بشأن خمسة عشر مرشحا رئيسيا لشغل مكان واحد وقد أعطت اللجنة للمدعو/ جون بول ستيفنز وهو المرشح الأساسي درجة عالية جدا، وعلى نقيض ذلك نجد أن الرئيس ريجان تجاهل لجنة الـ (ABA) ورشح (ساندراي أوكتر) للمنصب الخالي و بعد حوالي شهرين أيدت اللجنة هذا الترشيح وإن كانت قد تحفظت بصدد خبرتها كمحاميه وقاضيه، وهذا كان لا يجدي إذ كان قد تأكد ترشيحها بواسطة مجلس الشيوخ.

وقد وجد من ينتقد الدور المعطى لتلك اللجنة باعتبار أنه من غير اللائق لأي جماعة أن يكون من سلطتها المركز الخاص المعطى للجنة الـ (ABA).

وفي أوقات معينة كان هناك جماعات قانونية أخرى ومحامون لهم دور بارز في عملية الاختيار فنجد مثلا أن الرئيس هوفر رشع «بينجامين كارنوزو» كرد فعل للضغط عليه من مجموعة من المحامين.

الفرع الثاني

جماعات المصالح

لا شك أن لنشاط المحكمة تأثيرا على معظم جماعات المصالح في الولايات المتحدة، ونظرا لأن المحكمة من الناحية الأيديولوجية البحتة كيان غير سياسي لذا فمن المفترض أن يكون سعى جماعات المصالح للتأثير على عملية الاختيار محدودا، وبالنظر لسرية عملية الترشيح فإن دور جماعات المصالح عادة ما يتركز في الوقوف مع أو ضد تأكيد الترشيح في مجلس الشيوخ.

ومع ذلك يحدث أن تكون للجماعة التي تتمتع بعلاقات قوية بالإدارة فرصة قوية لتوصيل رغباتها في المرشح المطلوب أو انطباعاتها عن مرشح معين للرئيس.

وفي القرن العشرين تحاول الجماعات المستقلة أن تهزم المرشحين الذين يرون أنهم متحفظون، ففي عام ١٩٢٠ الجماعات العمالية والجمعية الوطنية لترقية الملونين (NAACP) عارضت تأكيد ترشيح (جون باركر) والذي كان مرشحا من قبل الرئيس هوفر وذلك لقراراته المتحفظة بصدد علاقات العمل وقضايا التفرقة، وقد هزم باركر بفارق صوتين بتأثير ذلك النشاط.

ويعد ذلك بأربعين سنة نفس الجماعات السالفة حققت ذات النجاح بالنسبة لترشيح الرئيس نيكسون لكل من «هانز ورت» و «كارسول».

كما نجد أن الجمعية الوطنية للمرأة "N.O.W" قد عارضت ترشيح الرئيس فور «لجون بول ستيفنز» وذلك نظرا لقراراته المناهضة لحقوق المرأة إبان كونه قاضيا بمحكمة دنيا، ولكن رغم هذه المعارضة فقد تأكد ترشيح «جون بول ستيفنز» في مجلس الشيوخ.

الفرع الثالث

رئيس وأعضاء المحكمة العليا

إن قضاة المحكمة العليا بما فيهم رئيسهم يلعبون دورا مهما في عملية⁽³¹⁾ الاختيار وهذا أمر طبيعي وذلك للغبة في ادخال أعضاء جدد ذوي كفاءة معينة أو ذوي ميول سياسية معينة متفقة مع ميولهم، وتتمثل وسائل التأثير عادة في إرسال خطاب توصية على مرشح معين وفي أحيان كثيرة يكون ذلك بناء على توصية الإدارة، وقد يتمثل الأمر في محاولة للتأثير بصورة أكبر من ذلك ويكون ذلك بالنسبة لرؤساء المحكمة العليا عادة إذ إن مركزهم يعطيهم مصلحة خاصة في مسألة التعيينات الجديدة إضافة إلى أن زملائهم يرفعون من شأنهم أمام رئيس الولايات المتحدة. ومن رؤساء المحكمة النشطين في هذا الأمر الرئيس تافت وقد كان يشغل منصب رئيس الولايات المتحدة قبل توليه لرئاسة المحكمة ولما تولى الرئاسة كان له تأثير فعال على الرئيس (هاردينج)، كما ضغط القاضي رنكويست لتعيين أول امرأة⁽³²⁾ بالمحكمة. ويلاحظ أن القضاة إذا وحدوا جهودهم فإن دورهم في هذا الشأن يكون كبيرا ولكن يمكن أن يؤدي الضغط لتأثير سلبي كما هو الحال بالنسبة للرئيس روزفلت والذي أعرب عن ضيقه من طريقة الضغط عليه من القاضي فليكس فرانكفورتر وذلك لترشيح القاضي الفيدرالي ليرند هاند سنة ١٩٤٣، وأدى ذلك إلى اختياره لآخر وقال إن فرانكفورتر ضغط أكثر من اللازم⁽³³⁾.

ويوجد احتمال انقسام أو اختلاف القضاة حول مرشح معين كما حدث بالنسبة لترشيح القاضي كاربرزو حيث أبده القاضي ستون بينما عارضه ستة من زملائه بالمحكمة العليا.

المطلب الثاني

العوامل المؤثرة على قرار الرئيس ومجلس الشيوخ

الفرع الأول

العوامل المؤثرة على قرار الرئيس في الترشيح

تمهيد:

هناك عناصر معينة يجب مراعاتها في القاضي الذي يتم اختياره، وإذا حاولنا أن نستنبط هذه العناصر بالعودة إلى تاريخ التعيينات القضائية بالمحكمة فإننا لا بد وأن نذكر الرئيس جورج واشنطن، والذي كان يرى أن السلطة القضائية هي الدعامة الأساسية التي تتكئ عليها الدولة الوليدة ومن ثم فهي تحتاج لرجال أقوياء.

لذا راعى واشنطن فى ترشيحاته للمحكمة توافق سبعة عناصر فى القاضى المختار على النحو التالى:

- ١- مساندة القاضى للدستور وإيمانه به.
- ٢- إسهامه الفعال فى الاستقلال .
- ٣- مشاركته الإيجابية فى الحياة السياسية للوطن ككل أو للولاية
- ٤- الخبرة القضائية السابقة فى المحاكم الأدنى .
- ٥- السمعة الحسنة ويفضل أن يكون على علاقة شخصية به .
- ٦- التناسب الجغرافى للمعين .
- ٧- الحسب والتلق والشغف بالوطن الوليد⁽³⁴⁾

وقد اشترط وزير العدل فى بدايات حكم الرئيس ريجان المدعو Bruce E. Fein شروطا خمسة فى المرشح هى كالتالى:

- ١- أن يفهم أن المحكمة العليا ليست وحدها هى الضمير الحى للأمة ولا تحتكر سلطة تحديد مصالح الأمة وليست معصومة من الخطأ.
 - ٢- أن يدرك أن اللغة الدستورية وقصد الآباء الذين وضعوا الدستور ليسا هما المرشد الوحيد فى تفسير الدستور.
 - ٣- أن يكون قادرا على فهم المخطط الدستورى للفيدرالية وهضم السياسات المختلفة للولايات الخمسين.
 - ٤- أن يعرف الآليات غير القضائية الحامية من طغيان الحكومة.
 - ٥- أن يعرف أن الدور السامى للقضاء الفيدرالى هو القضاء فى القضايا الواقعية وبغيرها لا يجوز القضاء بعدم الدستورية⁽³⁵⁾.
- وكما أسلفنا فإن رئيس الولايات المتحدة يقوم بالترشيح ويؤكد مجلس الشيوخ هذا الترشيح أو يرفضه وحينئذ فعلى الرئيس ترشيح شخص آخر للمنصب الشاغر، وهناك عوامل أربعة تؤثر فى اختيار الرئيس لشخص المرشح هى كالتالى:

١- الجدارة والأخلاق:

فى اختيار قضاة المحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا لا يلعب عنصر الجدارة والمقدرة ذات الدور الذى يلعبه بالنسبة للمحكمة العليا وذلك مرجعه إلى عدم الاهتمام الكبير بهذه المحاكم مقارنة بالمحكمة العليا، ولذا نجد أن القضاة المختارين للمحاكم الفيدرالية مختلفو الكفاءة بصورة كبيرة بعكس الحال بالنسبة للمحكمة العليا.

وكما لاحظ أحد المراقبين⁽³⁶⁾ أن الغالبية العظمى من الترشيحات فى القرن العشرين كانت منصبة على أشخاص نوى مقدرة سواء فى المجال القانونى أو السياسى.

ويلاحظ أنه حتى عندما حقق أحد القضاة المعينين فشلاً بالحكمة العليا فإن ذلك لا يعنى أن الرئيس قد تجاوز عن النظر إلى عامل الجدارة في الاختيار ومن ثم فإن هذا الفشل يكون أمراً غير متوقع، وذلك كما حدث بالنسبة للقاضي (كارلس وينكر) وهو مرشح من قبل إيزنهاور إذ قال عنه أحد المحامين «أن به عيبين هما نقص المقدرة الذهنية وعدم القدرة على الوصول للقرار وقد استقال ذلك القاضي لإحساسه التام بالفشل ورغم ذلك حقق نجاحاً كبيراً في العمل الخاص، إضافة إلى أنه لم يكن متوقعاً فشله في المحكمة العليا حيث كان قاضياً فيدرالياً خبيراً، ويمثل اختيار رئيس الدولة الجمهورى هوفر للقاضي كاردوزو الديمقراطي خلفاً للقاضي هولز اختياراً على أساس الجدارة إذ إن كفاءة الأخير أجبرت رئيس الدولة على اختياره.

وبالإضافة للجدارة فلا بد من توافر الأخلاق لدى المرشح ومع ذلك حدثت استثناءات من هذا الأمر كما هو الحال بالنسبة لترشيح كل من «أبى فورتس» القاضي بالمحكمة كرئيس لها وبالنسبة إلى كلمنت هاتزورث، المرشح لعضوية المحكمة، إذ هوجم كلاهما بانهامات تتعلق بالكسب غير المشروع إضافة إلى اتهام فورتس باستشارته الدائمة للرئيس جونسون بعد أن أصبح قاضياً بالمحكمة ولذا لم يتأيد ترشيح أيهما بمجلس الشيوخ.

٢- الانتماء السياسى أو الأيديولوجى؛

إن الاختيار على أساس أيديولوجى له أمثلة كثيرة ومنها اختيار الرئيس هاردينج والذي أبداه رئيس القضاة تافت لعضو مجلس الشيوخ Sutherland نظراً لتحالف الأخير مع الرئيس إبان كونهما بمجلس الشيوخ الأمريكى .

ولو نجح اختيار الرئيس ريجان للقاضي روبرت بورك لعدد ذلك مثالا معاصرا للترشيح على أساس الأيديولوجية.

ويلاحظ أن اختيار ريجان التالى للقاضي انتونى كيندى كان على أساس أيديولوجى أيضا.

وكانت المحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا لا يهتم حال اختيار قضائياتها بالعمل الأيديولوجى حتى وقت قريب إلا أن هذا الأمر تغير حديثاً.

أما بالنسبة للمحكمة العليا فلا جدال فى اهتمام الرؤساء الشديد بوضع قضاة داخل المحكمة ينتمون لذات أفكارهم السياسية.

وقدر هذا الجهد يختلف من رئيس إلى آخر، كما يختلف من فترة إلى أخرى حسب الحاجة إليه، فنجد مثلاً أن الرئيس روزفلت كان حريصاً على أن يختار قضاة يسانون وجهة نظره فيما يتعلق بالقدرة الاقتصادية للحكومة الفيدرالية، ويعد أن حصل على التأييد الكافى داخل المحكمة أصبح اهتمامه بالانتماء السياسى للمرشح أقل قوة.

كما أن الرئيس نيكسون كان قد شعر بخطورة الاتجاه المتحرر للمحكمة وبالأخص فى مجال الإجراءات الجنائية ومن ثم فقد حرص على ترشيح متحفظين داخل المحكمة.

ونجد أن هناك قلة من الرؤساء مثل «هارى ترومان» كان اهتمامهم أقل بالانتماء الأيديولوجى، ولكن الأغلبية تهتم بهذا العامل، لضمان ولاء القضاة لسياسة الرئيس، وهذا ما يظهر من المناقشة التى تمت بين الرئيس كيندى ⁽³⁷⁾ ووزير العدل فى حكومته إذا اتفقا على أنه يجب ترشيح شخص

يتفق مع الرئيس في الدور المخطط للحكومة في الحياة الأمريكية، والدور الذي يراه للمرء في المجتمع، ولا يهم بعدئذ موقفه من مسائل إعادة التقسيم الانتخابي والقضايا الجنائية، إذ المهم أن يكون هذا الرجل على المدى البعيد يؤمن بما يؤمن به الرئيس أفضل للأمة.

ولتوافر تلك المتطلبات في المدعو آرثر جولدرجر من وجهة نظر الرئيس ووزيره فقد تم ترشيحه.

ولا شك أن المرشح عندما يكون قد خدم كقاضٍ فذلك يعني أن له سجلا يمكن به معرفة انتمائه واتجاهاته السياسية، ولذلك فكلما كان المرشح لعضوية المحكمة قاضيا كلما كان ذلك أكثر دقة في معرفة الانتماء السياسي له (38).

وعندما رشح نيكسون «وارن بيرجر» كرئيس للمحكمة فإنه كان واثقا من اتجاهه المحافظ نظرا لسبق خدمته لمدة ثلاث عشرة سنة بمحكمة الولايات المتحدة للاستئناف بمركز كولومبيا، وقد أظهرت هذه الفترة اتجاهاته التحفظية بوضوح.

وعندما خاب ظن الرئيس ايزنهاور في «ايرل وارن» والذي رشحه كنوع من الجائزة السياسية له لمساندته ترشيح ايزنهاور إبان كان محافظا لكاليفورنيا، فقد قرر ألا يختار ثانية للمحكمة العليا إلا من بين القضاة.

وهتى عندما يتم الاختيار من بين القضاة فلا يمنع الأمر من خيبة الأمل أيضا، وهذه الحالات ليست نادرة فتقريبا ربع القضاة انصرفوا عن توقعات الذين عينوهم.

وعندما سئل ايزنهاور عما إذا كان قد ارتكب خطأ كرئيس قال نعم وهما الجالسان بالمحكمة العليا (39) وكان يقصد رئيس القضاة إيرل وارن وأيضا القاضي بريتن.

والحقيقة أن صدمة الرؤساء في اتجاهات القضاة موجودة منذ القدم، ولعل أول صدمة كانت من نصيب الرئيس ماديسون في اتجاهات القاضي ستوري الذي عينه ليكون مضادا لمارشال إلا أنه سرعان ما تبني ذات المبادئ التي آمن بها مارشال فيما يتعلق بالمسائل الدستورية وضرورة تقوية السلطة المركزية.

وكان هاري ترومان الذي تولى رئاسة الولايات المتحدة سنة ١٩٤٥ قد أكد أنه حاول السيطرة على المحكمة عن طريق التعيينات إلا أنه فشل فما أن يعين شخصا ما بداخلها حتى يكف عن صداقته واتفاقه معه، وقد عين ترومان أربعة لم يعجب بأدائهم جميعا وخاصة صديقه الحميم والذي كان مدعيا عاما «توم كلارك» والذي فجع في موقفه ضده في قضية عمال مصانع الصلب سنة ١٩٥٢، إذ لم يجز كلارك وخمسة من زملائه أمر ترومان بالقبض على هؤلاء العمال.

وقد رشح «نيكسون» القاضي هاري بلاكمان سنة ١٩٧٠ كي يقوى من الاتجاه المتحفظ بزعامة رئيس المحكمة وارن بيرجر بحسبان أن الصداقة بين بلاكمان وبيرجر كانت قوية للغاية لدرجة أن الصحافة أسمتهما توم ميسنوتا، إلا أنه تدرجيا بعد دخول بلاكمان للمحكمة اتجه إلى الجناح الليبرالي بها (40).

وعلى الإجمال فإن الرؤساء الذين دققوا في الاختيار كانوا أوفر نجاحا من هؤلاء الأقل دقة.

ورغم ذلك لا ينتظر من القاضي أن يتفق مع كل قرار للرئيس لأن وقائع القضية والقانون تؤدي

كثيرا للوصول إلى نتائج بخلاف ما يتمنى القاضي.

ولا يعد الرئيس نيكسون فاشلا في اختياره - إذ إنه حقيقة كان من الناجحين في الاختيار - لجرد أن المحكمة العليا قررت بالإجماع في قضية فضيحة ووترجيت تسليم تسجيلات أحاديته إلى جهة التحقيق، الأمر الذي كان يعنى بالبداهة القضاء على مستقبل نيكسون السياسي وهو الأمر الذي حدث بالفعل.

والحقيقة أن الذي يده في الماء ليس كالذي يده في النار، ولا جدال في أن مواقف القاضي السابقة قبل دخوله المحكمة لا بد وأن تختلف عن مواقفه بعد أن أصبح عضوا عاملا في كتيبة المحكمة، ويعد أن يشعر باستقلاله الكامل وخدمته مدى الحياة وحصانته.

وكان إيرل وارن⁽⁴¹⁾ قد أكد بعد أن استقال من قيادة المحكمة لمدة ستة عشر عاما أنه لا يتصور أن يكون المرء عضوا بالمحكمة ولا يغير اتجاهاته بتغير السنين.

٢- الترشيح كجائزة سياسية أو شخصية:

إن معظم المرشحين للمحكمة العليا كانوا على علاقة شخصية بالرؤساء الذين رشحهم والرئيس ترومان يعد من أكثر الرؤساء اهتماما بهذا العامل.

وكما أسلفنا فقد كان ترشيح ايزنهاور لإيرل وارن كرئيس للمحكمة العليا نظرا لشعوره أنه مدين له لمساندته الرئيسية للرئيس في انتخابات سنة ١٩٥٢ إبان كونه محافظا لكاليفورنيا.

كما أن فرانكلين روزفلت اختار (برين) لعضوية المحكمة سنة ١٩٤١ لكي يعوضه عن حرمانه من ترشيحه ككاتب رئيس الحزب الديمقراطي سنة ١٩٤٠ ونظرا لخدماته الكبيرة التي قدمها لروزفلت، وكان اختيار جاكسون للقاضي تاني مينا على العلاقة الحميمة بينهما وقد فشل الترشيح لعضوية المحكمة ونجح لرئاستها. كما قد تكون الجائزة بمفهوم آخر وذلك لتحريك شخص مشاغب من منصبه وذلك هو الحال بالنسبة لترشيح الرئيس ويلسون (لجيمس ماكينولدن) وترشيح الرئيس كولدج (لهارلن ستون) إذ كان مبعث ذلك هو الرغبة في تحريك كل منهما من منصبه الذي كان يشغله وهو وزير العدل (رئيس دائرة العدل) نظرا لتسببهما في مشاكل كبيرة أثناء شغل هذا المنصب.

ويلاحظ أن حوالي ٩٠٪ من كل الترشيحات للمحكمة العليا كانت لأشخاص ينتمون لحزب الرئيس.

٤- الرغبة في الحصول على المساندة السياسية:

إنه لمن الطبيعي أن يحاول الرؤساء بناء مساندة سياسية قوية لهم لذا فقد استخدمت الترشيحات للمحكمة العليا في هذا الشأن مثلها مثل الترشيحات الوزارية وقد تكون الأولى أكثر قوة وأكبر أثرا، وفي البداية سعى الرؤساء لإعطاء كل إقليم في الدولة ممثل ليحصلوا على رضا أكبر عدد من المصوتين، وكان اختيار الرئيس كليفلاند للمدعو Fuller كرئيس للقضاة مرعا فيه التمثيل الجغرافي لكون المرشح من ولاية إلينوى، وقد حارب نيكسون لكي يضع جنوبي في المحكمة ليقوى من مساندته في هذا الإقليم. ولكن بصفة عامة فقد قل الاهتمام بالتوزيع الجغرافي الأمر الذي أدى إلى عدم توازن المحكمة جغرافيا، وقد ظهر بدلا من ذلك أسس أخرى للاختيار منها الأساس الديني ومحاولة تمثيل الأقلية الدينية، فقد جاء ترشيح كيندي لجولدرج وايزنهاور لبرين مرعا فيه هذا الأمر، وقديما كان

اختيار الرئيس Mckinely للقاضي Mckenna لهذا السبب .

ويلاحظ أنه وجد دائما عضو كاثوليكي على الأقل بالمحكمة منذ سنة ١٨٩٤ وكذا وجد عضو يهودي على الأقل في الفترة من ١٩١٦ حتى ١٩٦٩. وما أن تحصل مثل تلك الجماعة على العضوية فإنها تعتبرها حقاً لها وإن كان الرؤساء يحاولون المقاومة بالنسبة لهذه الوجهة من النظر. ويلاحظ أن التمثيل على أساس العنصر والجنس بات أكثر أهمية من التمثيل على أساس الدين فقد كان ترشيح (ثيرجود مارشال) للمحكمة السبب في عضوية أول زنجي بالمحكمة كما كان من الصعب على الرئيس ريجان⁽⁴²⁾ أن يقاوم الضغط الواقع عليه لترشيح امرأة وبالفعل اختار (ساندراي أوكتر) لهذا المنصب.

هذا ويلاحظ أن القضاة بالمحكمة العليا القادمين من السيدات أو على أساس ديني أو لكونهم من جماعات الأقلية يميلون لأن يكونوا ديمقراطيين متحررين عن أن يكونوا جمهوريين متحفظين، ويحاول الرؤساء من الجمهوريين كسب مساندة هذه الجماعات لصالحهم عن طريق الترشيحات للمحكمة كما فعل ريجان وإن كان هذا الأمر لم يحقق نجاحا ملحوظا.

ونخلص مما سلف إلى أن العوامل الأربعة سألغة الذكر ذات أهمية إلا أنها تختلف في الدرجة وأن الرؤساء يعطون أهمية لترشيحات المحكمة العليا عن غيرها من الترشيحات، وأن عاملى الجدارة والأخلاق والانتماء السياسى أكثر أهمية من عاملى الجائزة السياسية أو الشخصية ومحاولة كسب المساندة السياسية، وأن اعتبار قضاة المحكمة العليا أفضل من قضاة المحاكم الفيدرالية وأكثر تعبيراً عن وجهات نظر الرؤساء الذين رشحوهم يكون مرجعه للدقة المبذولة فى اختيارهم وهو الأمر المفقود بالنسبة للمحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا.

الفرع الثاني

العوامل المؤثرة على مجلس الشيوخ فى تأكيد الترشيح

لا بد من موافقة ثلثي الحاضرين من أعضاء مجلس الشيوخ على المرشح (الفقرة ٢ من المادة ٢ من الدستور) ويحال الترشيح إلى اللجنة القضائية بمجلس الشيوخ والتي تعقد جلسات استماع ثم تصوت على توصية لمجلس الشيوخ ليتخذ ما يلزم، ويتولى مجلس الشيوخ ذاته مناقشة الأمر ثم يتم التصويت بشأنه وترجع فشل الترشيحات لعدة عوامل مختلفة منها:

١- ما يرجع للرئيس : إذ يزداد الفشل كلما كان الحزب المعارض أكثر قوة داخل المجلس فإذا كان حزب الرئيس لا يشكل الأغلبية داخل المجلس فمن المتوقع فشل الترشيح. كما قد يكون السبب راجعا لتوقيت الترشيح فإن كان فى الفترة الزمنية الأخيرة لولاية الرئيس فيمكن فشله، إذ حينئذ يمكن للمعارضة أن تتجاهد من أجل إفشال الترشيح إلى حين نجاح مرشحها للرئاسة ومن ثم يمكن لهذا الأخير حال نجاحه أن يرشح شخصا ينتمى لها.

٢- ما يرجع إلى المرشح ذاته. إذ يؤثر بشدة على نجاح الترشيح المؤهلات الموضوعية للمرشح كما يراها الشيوخ فتكبر المعارضة للترشيح كلما ظهر على المرشح نقص فى الكفاءة فى عمله أو نقص فى المستوى الأخلاقى المطلوب كما يهتم الشيوخ بالانتماء السياسى للمرشح ووجهات نظره،

فإذا كانت مخالفة لوجهات نظر أغلبية مجلس الشيوخ فمن الصعب نجاح التشريع، وتلعب جماعات المصالح المهمة دورا كبيرا في لفت أنظار مجلس الشيوخ لوجهات نظر المرشح.

ويلاحظ أنه بصفة عامة إذا توافر لدى المرشح صفتي الجدارة والأخلاق فإن المعارضة للتشريع الناجمة عن الاختلاف الأيديولوجي لاتؤدي عادة لإفشال التشريع نظرا لأن المسألة تبدو حزبية وغير عادلة، أما في حالة وجود ضعف في صفتي الجدارة والأخلاق فإن احتمال الفشل كبير بالنظر لأن المعتدلين من الشيوخ سينحازون لجهة المعارضة وسنعطى ثلاثة⁽⁴³⁾ أمثلة لتوضيح الأمر.

١- أبى فورتاس: الرئيس لندن جونسون رشع فورتاس ليشغل منصب قاض بالمحكمة العليا وقد تأيد ترشيحه في مجلس الشيوخ بأغلبية بسيطة، وفي يونيو ١٩٦٨ عبر رئيس القضاة إيرل وارن عن رغبته في الاستقالة وقام الرئيس جونسون بترشيح فورتاس ليحل محله.

وإثر ذلك قامت معارضة قوية لفورتاس مرجعها إلى أن فورتاس يمثل المتحررين في المحكمة ويعبر تماما عن اتجاه محكمة وارن، ومن ثم فقد جلب ذلك معارضة الشيوخ المتحفظين الذين جاهدوا لمنع جونسون من شغل هذا المنصب، لأنهم كانوا ينتظرون أن جمهوري سيتم انتخابه ويفضل أن يتولى التشريع رئيس جمهوري.

وهذه المعارضة لفورتاس والقائمة على الاختلاف الأيديولوجي قوى من عضدها تصرفان لفورتاس أخلا بمطالبات الجدارة والأخلاق، أولهما أن فورتاس استمر في استشارة الرئيس جونسون حينما كان عضوا بالمحكمة وبعض الشيوخ رأوا أن ذلك يهدر الاستقلالية في بعض الأمور التي تأتي للمحكمة مثل حرب فيتنام، ثانيهما أن فورتاس كان قد أعطى تسع محاضرات لطلبة إحدى الجامعات مقابل خمسة عشر ألف دولار دفعت من بعض رجال الأعمال، وقد رأى أن في هذا الأمر مبالغة ومساسا بالنواحي الأخلاقية. وقد أيد ترشيح فورتس باللجنة القضائية وكانت الأصوات (إحدى عشر مؤيدا) مقابل ستة معارضين، ولكن بالمجلس نفسه حدثت مشادة كبيرة بين الأعضاء وانتهى التصويت إلى تأييد من خمسة وأربعين صوتا ومعارضة من ثلاثة وأربعين وكان ينقصه أربعة عشر صوتا ليحقق الحد الأدنى وهو موافقة ثلثي مجلس الشيوخ الحاضرين، وقد أيدته ثلاثة وثلثون من الديمقراطيين الشماليين مقابل أربعة رفضوه ولكن الجمهوريين والجنوبيين كانت معارضتهما قوية لدرجة تكفي لإفشال التشريع.

٢- وليم رنكوست: في سنة ١٩٧١ رشع الرئيس نيكسون وليم رنكوست للمكان الشاغر كقاض بالمحكمة العليا وقد كان يشغل منصب مساعد وزير العدل ومسقط رأسه أريزونا، وقد عارض هذا الترشيح الشيوخ المتحررون وذلك نظرا لسجل رنكوست الشديد التحفظ في مجالات الحقوق والحريات المدنية، وقاد المعارضة المؤتمر القيايى للحقوق المدنية والاتحاد الأمريكي للحريات المدنية.

ورغم ذلك فقد كانت المعارضة ضعيفة للسبب الذي أسلفناه ألا وهو انحصارها في إطار الاختلاف الأيديولوجي حيث إن مقدرة وأخلاقيات رنكوست لا جدال عليها.

وقد تأيد ترشيح رنكوست بواسطة ٦٨ صوتا ضد ٢٦ معترضا. ويلاحظ أن الاعتراض على شخص رنكوست لانتماه الأيديولوجي لم يؤد لفشل الترشيح حيث إن هذا الاعتراض لم يمنع بعض الديمقراطيين المختلفين معه أيديولوجيا من تأكيد ترشيحه.

٣- روبرت بورك : فى سنة ١٩٨٧ حدث خلاف كبير حول ترشيح الرئيس ريجان للقاضى بورك، والذى عرف كمحام وقاض، وكان من أكثر المنتقدين⁽⁴⁴⁾ لقرارات المحكمة العليا فى عهدى وارن وبيرجر، وكان يدافع دائما عن القصد الأسمى لوضع الدستور والمصدقين عليه، وعن ضرورة الالتزام بمبدأ التقيد القضائى.

وأثر الترشيح استمعت اللجنة القضائية له وللعديد من المحامين وأساتذة القانون بشأته، واشتد الخلاف حوله فى الإذاعة والتلفزيون والجرائد والمجلات، وكان معارضوه يؤكدون أن تأكيد ترشيحه يشكل تهديدا للحقوق المدنية وحركة المرأة.

وتأثرا بكل ما سلف رفض مجلس الشيوخ تأكيد ترشيح بورك بنسبه كبيرة تعد أكبر نسبة فى تاريخ رفض الترشيحات.

ويمكن استخلاص عدة حقائق مما سلف:

١- إن الرفض يعد استفئاءً عاما على آراء القاضى بورك فى التفسير الدستورى، ومن ثم فإن أفكاره المتعلقة بالقصد الأسمى والتقيد التى اعتبرها ديمقراطية غير مقبولة من الوجهة الديمقراطية.

٢- إن موقف محكمة الثمانينات مقبول عامة ولا يرغب فى تحويله جنزياً.

٣- إن جماعات المصالح المضادة للترشيح كانت جيدة التنظيم، وأن اللجنة القضائية بمجلس الشيوخ يسيطر عليها الديمقراطيون.

٤- ضعف مكانة الرئيس ريجان فى أواخر أيامه⁽⁴⁵⁾.

المطلب الثالث

حصيلة الاختيار النهائية

إن الشيء الذى يثير الاستغراب حقيقة هو أن الدستور الأمريكى لم يشترط لعضوية المحكمة العليا أن يكون ذلك العضو من القانونيين، إلا أن هذا لم يمنع من اشتراط ذلك عمليا رغم غياب النص، والصفة القانونية تثبت للشخص بأحد أمرين أولهما التدريب القانونى والسدى يكون عن طريق محام من الأعضاء البارزين فى النقابة، وهذه الطريقة أصبحت قديمة ويعتبر آخر قاض عين بعد حصوله على التدريب القانونى القاضى «جيمس برين» والذى عين سنة ١٩٤١.

وثانى هذين الأمرين هو الدراسة بإحدى كليات الحقوق وهذا هو السائد الآن.

والسؤال الذى يثار الآن هو كيف يصل القانونى لعضوية المحكمة العليا؟.

هناك طريقان، أولهما العمل بالمكتب السياسى ويتم التدرج فى المناصب حتى المحكمة العليا، ومن ذلك إيرل وارن والذى مارس القانون لمدة ثلاث سنوات ثم شغل عدة مناصب هامة حتى انتخب وزير عدل لإحدى الولايات ثم حاكم ولاية ثلاث مرات ثم أصبح مرشحا رئيسيا للحزب الجمهورى فى انتخابات سنة ١٩٤٨ حيث رشح كنائب للرئيس.

والطريق الثاني الأقل شيوعا هو الانتقال للمحكمة مباشرة من العمل الخاص دون المرور بالطريق الأول، ومن ثم فقد يحدث تخطى هذا الطريق ومن ذلك فرانكفورت وفورتاس وباول.

ويلاحظ أن القضاة الذين عينوا بالمحكمة العليا كانوا من كبار السن رغم أن هذا الأمر يثير الدهشة إذ من المفترض أن يتم تعيين قضاة صغار السن كي تطول فترة خدمتهم في المحكمة وتزداد بالتالي فترة تمثيلهم للرؤساء الذين يعينونهم، وقد يفسر هذا التناقض أنه حتى يصل الشخص إلى المناصب العليا التي يتم اختيار القضاة منها فإنه يحتاج إلى فترة طويلة من الزمن إضافة إلى أن الكفاءة والجدارة تحتاجان لوقت طويل.

ويلاحظ أيضا أن مستوى القضاة بالمحكمة العليا مرتفع إذ إن المستوى الاجتماعي المرتفع كان مهما للحصول على التدريب القانوني كما أن الدراسة بكلية الحقوق غالبية الثمن.

ولكن حدث انخفاض نسبي في هذا الشرط قليلا منذ سنة ١٩٢٧ فوارن بيرجر مثلا كان يدرس في كلية حقوق ويبيع بوالص تأمين أثناء النهار. ويمكن القول إن اتساع مجال القضاء ومجالات العمل بالحكومة الفيدرالية فتح باب الوصول إلى مناصب عليا في هذه القطاعات لأشخاص من مستوى بيئي أقل ارتفاعا، وهناك من أشار إلى أن المحكمة العليا⁽⁴⁶⁾ في الفترة من ١٩٦٩-١٩٨٠ كان بها أكبر عدد من القضاة الذين ينتمون إلى مستويات متواضعة في فترة زمن محددة - إلا أنه رغم ذلك فمستوى القضاة بصفة عامة مازال مرتفعا.

ومن ثم نستطيع أن نقول بصفة عامة إن قرارات المحكمة العليا تعكس ضمير المستوى المرتفع عن الفئة المتوسطة من المجتمع الأمريكي وذلك لأن معظم القضاة نشؤوا من هذا المستوى، ويلاحظ أن تمثيل الزنوج والنساء بالمحكمة قليل جدا إذ إن ثرجود مارشال وساندرادى اوكنر هما أول زنجي وامرأة يعينان بالمحكمة، وتفسير ذلك أن المرأة والزنوج يواجهان صعوبة بالغة في الحصول على التعليم القانوني كما أن هناك حدودا لإمكانيتهما في الترقى في المهن القانونية والسياسية وبالتالي فإن أشخاصا قليلين جدا من هاتين الجماعتين هما اللذان يمكنهما الوصول إلى مراكز عالية والتي يتم اختيار القضاة منها، إذ لا بد أن يكون الشخص في مكانة تجعله مرثيا من قبل رئيس الدولة أو المشتركين في عملية الترشيح، ومن ثم يحدث أن يوجد شخص تتوافر فيه المؤهلات اللازمة لشغل منصب قاض بالمحكمة العليا ورغم ذلك لا يرشح لأنه شخص غير معروف وستظل مؤهلاته موضع شك نظرا لمركزه البسيط⁽⁴⁷⁾.

المبحث الثالث

محل الرقابة الدستورية

تمهيد:

إن رقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة العليا تنصب على القوانين الفيدرالية وكذا القرارات الرئاسية الصادرة من رئيس الولايات المتحدة الأمريكية، كما تنصب تلك الرقابة على القوانين الصادرة بالولايات والأوامر المحلية.

وسوف نبحث في مطلب أول موقف المحكمة العليا من القوانين الفيدرالية وفي المطلب الثاني سوف نبحث موقفها من القرارات الرئاسية وفي المطلب الثالث سوف نبحث موقفها من قوانين الولايات والأوامر المحلية.

وسوف نعبّر بلفظ إلغاء القوانين أو القرارات لنعبّر به حقيقة ليس عن الإلغاء القانوني ولكن عن الإلغاء الواقعي للقوانين والقرارات المقضى بعدم دستورتها، ذلك أن المحكمة العليا الأمريكية لا تملك سلطة الإلغاء القانوني أو حتى الإبطال التي تملكها المحكمة الدستورية في مصر وإنما تملك سلطة الامتناع عن تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته وعلى المحاكم الأدنى اتباعها، والحقيقة أن الأثر في النهاية يكاد يكون من الناحية الواقعية واحداً، لأنه لا قيمة لوجود نص قانوني دون إمكان تطبيقه عن طريق المحاكم.

وهكذا يغدو تدخل الكونجرس بإلغاء النص المقضى بعدم دستوريته من المحكمة العليا من قبيل إعدام الميت - إن جاز هذا التعبير .

المطلب الأول

موقف المحكمة من القوانين الفيدرالية

إن أول قضاء بعدم دستورية قانون صابر عن الكونجرس تم سنة ١٨٠٣ في قضية ماربري ضد ماديسون، ومنذ ذلك التاريخ وحتى سنة ١٩٨٣ ورد بأحد الإحصاءات أن المحكمة قد قضت في مائة وأربعة عشر قانوناً فيدرالياً بعدم الدستورية، وهذا الرقم يشير إلى أن المحكمة قد استعملت سلطاتها في الرقابة أكثر من مرة كل سنتين بمعنى أن الاستعمال قد جاء متكرراً، ومن ناحية أخرى فذلك الرقم يشكل جزءاً صغيراً جداً من القوانين التي صدرت عن الكونجرس في تلك الفترة والتي تربو على أكثر من ستين ألف قانون (48).

ونظراً لأن القوانين التي قضى بعدم دستورتها كانت في معظمها شديدة الأهمية فقد ظهر أثر الرقابة الدستورية جلياً وبصورة تفوق النسبة الرقمية السالفة.

ولقد قضت المحكمة بعدم دستورية قوانين هامة (49) كما حدث في قضية العبد دريسكوت حيث قضى بعدم دستورية القانون المحرم للعبودية، وفي الفترة من سنة ١٩١٨ إلى سنة ١٩٢٢ قضت المحكمة بعدم دستورية قوانين عمالة الطفل، وفي الفترة من سنة ١٩٣٥ إلى سنة ١٩٣٦ قضت

المحكمة بعدم دستورية قوانين المعاملة الجديدة. وهناك العديد من القوانين التي قضى بعدم دستوريته لأسباب إجرائية ومعظم تلك القوانين من النوعية السالفة لم تكن لها أهمية بالنسبة للأهداف السياسية للكونجرس والرئيس، كما وجدت قوانين قد أُلغى منها بعض الأجزاء غير الهامة.

وفي كثير من الأحيان تقوم المحكمة العليا بإلغاء نصوص بعد مرور عدة سنوات من إصدارها، فحتى سنة ١٩٨٢ فإن نسبة ٦١٪ من إجمالي القوانين الملغاة من المحكمة العليا كانت قد طبقت لفترة تزيد عن أربع سنوات و ٢٨٪ طبقت لفترة تزيد عن اثنتي عشرة سنة (50).

وهذا الإلغاء الذي يتم بعد سنوات عديدة على النحو السالف من الطبيعي ألا يحدث نزاعاً مع الكونجرس خاصة إذا كانت الأغلبية المساندة لتلك القوانين قد انقضت مع مضي الوقت، وعلى ذلك فإنه يمكن القول بأن أقلية من قوانين الكونجرس الهامة هي التي يتم إلغاؤها سريعاً.

ويمكن القول بأن الفترة من سنة ١٩١٨ إلى سنة ١٩٣٦ هي أكثر فترات النزاع بين المحكمة والكونجرس إذ ألغت المحكمة تسعة وعشرين قانوناً فيدرالياً ومعظم تلك القوانين كان له أهمية كبيرة، ففي الفترة من ١٩١٨:١٩٢٨ ألغت المحكمة قانونين لعمالة الطفل وقانون الحد الأدنى للأجر مع عدة نصوص أخرى أقل أهمية وقد سبب ذلك بعض الضغينة لدى الكونجرس والرئيس، ومن سنة ١٩٣٣:١٩٣٦ اشتركت المحكمة فيما أطلق عليه هجوماً كاسحاً على برنامج المعاملة الجديدة وهو الهجوم الذي انتهى بانسحاب المحكمة التكتيكي سنة ١٩٣٧.

وقد ألغيت التشريعات بعدد أكبر خلال الفترة من ١٩٦٣:١٩٨٣ ولكن معظمها كان غير هام وقديم، وإن كان هناك استثناءات على ذلك مثلما حدث في قضية (Buckley v Valeo) سنة ١٩٧٦ والتي قضت فيها المحكمة العليا بعدم دستورية أجزاء رئيسية وهامة من قانون الحملة الانتخابية الفيدرالية والمتعلقة بتمويل الحملة، وأيضاً قضية (Northern Pipeline Construction Co v. Mar-athon Pipeline Co.) سنة ١٩٨٢ والتي ألغت فيها المحكمة نظام التفليس البنكي القضائي الذي كان قد أسسه الكونجرس.

وفي غير القضيتين سالفتي الذكر كانت تدخلات المحكمة عن طريق الرقابة الدستورية محدودة وغير منتظمة (51).

المطلب الثاني

موقف المحكمة من المقررات الرئاسية

تنظر المحكمة العليا في شرعية الأوامر الرئاسية بالإضافة إلى التشريع. وقد تكون تلك الأوامر (القرارات) مخالفة للقانون أو الدستور أو كليهما، وهكذا تستطيع المحكمة العليا أن تلغي سياسات رئاسية مثلها مثل إلغائها لسياسات كونجرسية.

وقد حدث وألغت المحكمة قرارات رئاسية للرئيس، ففي قضية Ex parte Milligan سنة ١٨٦٦ قضت المحكمة بأن الرئيس لينكولن يتقصه السلطة في تأجيل ما يسمى (habeas corpus) وهو عبارة عن (إصدار أمر قضائي بقصد التحقيق في قانونية إيداع شخص في السجن) وكان الأمر يتعلق بالسجناء الحربيين.

وفي قضية (Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer) سنة ١٩٥٢ أعلنت المحكمة أن

من غير القانوني للرئيس ترومان أن يأمر الحكومة الفيدرالية بأن تغلق شركات الصلب الرئيسية أثناء فترة الإضراب في الحرب.

وفي قضية "Train v. City of New York" سنة ١٩٧٥ حددت المحكمة من سلطة الرئيس في رفض صرف النقود المخصصة بواسطة الكونجرس والذي استعمل من قبل الرئيس نيكسون كي يخفض أو يلغى برامج لا يوافق عليها، وهو الأمر المسمى "Impoundment" أى (التحجيز أو المصادرة).

وفي إحصائية أجريت سنة ١٩٥٧ تبين أن حوالي أربع عشرة قضية فقط من اللاتى قضى فيها طوال تاريخ المحكمة العليا بعدم شرعية أعمال رئاسية ونصفهن يرجع لأسباب دستورية⁽⁵²⁾.

والحقيقة أن تدخل المحكمة فى القرارات الرئاسية بإلغائها مثله مثل تدخلها فى القوانين الكونجرسية يتسم بعدم الانتظام.

المطلب الثالث

موقف المحكمة من قوانين الولايات والأوامر المحلية

تقوم المحكمة العليا برقابة دستورية القوانين والأوامر المحلية بصورة أكبر كثيرا من استعمالها لرقابة الدستورية بالنسبة للقوانين الفيدرالية، فقد ورد بأحد الإحصائيات أنه حتى نهاية سنة ١٩٨٢ كانت المحكمة قد ألغت ١٠٨٨ قانونا ولائيا وأوامر محلية وذلك لمخالفتها للدستور أو القوانين الفيدرالية، والعديد من الإلغاءات تؤثر بصورة غير مباشرة على قوانين بالولايات ليست محلا للطعن، ففي سنة ١٩٧٢ فى قضية (Roe v. Wade) وقضية (Doe v. Bolton) ألغت المحكمة مباشرة قوانين الإجهاض فى ولايتين، ولكن من المفهوم ضمنا أن ذلك سينعكس على مشروعية القوانين المماثلة فى باقى الولايات، ويوجد فارق مماثل بالنسبة لإلغاء المحكمة للقرارات الصادرة عن الولايات إذ يفوق بصورة كبيرة إلغاءها للقرارات الصادرة عن رئيس الولايات المتحدة.

ورقابة الدستورية عن طريق المحكمة العليا لقوانين الولايات تمس العديد من الأمور الهامة فى سياسة الولاية، فالعديد من الأحكام ساهمت فى إلغاء الأساس القانونى للفرقة العنصرية فى الولايات الجنوبية، وفرضت المحكمة على الولايات مجموعة جديدة من القواعد التى يجب مراعاتها بالنسبة للإجراءات فيما يتعلق بالقضايا الجنائية وكيفية معاملة المتهمين الجنائيين، كما حددت المحكمة من سلطة الولايات فى تنظيم المسائل الاقتصادية التى يختص بها الكونجرس وفق فقرة السيادة الدستورية .

ونخلص مما سلف إلى أن المحكمة العليا الأمريكية وإن كان لها دور كبير فى صنع السياسة فى أمريكا إلا أنها ليست الأهم على وجه الإطلاق، ذلك أن النظرة الإحصائية لنشاط المحكمة تثبت أن نشاطها مقصور أساسا على مسائل الحريات المدنية وبعض كل المسائل الاقتصادية، أما تلك المتعلقة بالقانون الخاص مثل العقود والتعويض عن الإيذاء الحادث للأشخاص والاستيلاء والإضرار بالملكات فإن دورها محدود جدا.

والمحكمة الحالية ذات دور محدود أيضا فيما يتعلق بإدارة الحكومة للاقتصاد والسياسة الخارجية، وهما مجالان من أهم أنشطة الحكومة.

الفصل الثانى

تطور الرقابة على دستورية القوانين فى النظام الدستورى المصرى

تقسيم:

مرت رقابة دستورية القوانين فى مصر بثلاث مراحل أولها سابقة على إنشاء المحكمة العليا وثانيها مرحلة المحكمة العليا وثالثها مرحلة المحكمة الدستورية العليا.

وقد رأينا تخصيص مبحث مستقل لكل مرحلة.

وفى المبحث الأول رأينا أن ندرس موقف الفقه وموقف القضاء كلا فى مطلب مستقل، وفى المبحث الثانى رأينا أن ندرس تشكيل المحكمة العليا والملاحظات عليه فى مطلب أول، وفى المطلب الثانى رأينا دراسة اختصاصات المحكمة ومدى اختصاصها بالنسبة للوائح، وخصصنا المطلب الثالث لدراسة طبيعة قضاء المحكمة العليا وأثره .

أما المبحث الثالث المتعلق بالرقابة على دستورية القوانين فى ظل المحكمة الدستورية العليا فقد قسمناه إلى مطلبين، بحثنا فى الأول منهما تشكيل المحكمة والملاحظات عليه وضمانات الأعضاء، وفى المطلب الثانى بحثنا محل الرقابة.

وعلى ذلك ستكون دراستنا فى هذا الفصل على النحو التالى:

المبحث الأول: رقابة دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا.

المطلب الأول: موقف الفقه.

المطلب الثانى: موقف القضاء.

الفرع الأول: موقف القضاء العادى.

الفرع الثانى: موقف القضاء الإدارى.

المبحث الثانى: رقابة دستورية القوانين فى ظل المحكمة العليا.

المطلب الأول: تشكيل المحكمة والملاحظات عليه.

المطلب الثاني: اختصاصات المحكمة العليا برقابة الدستورية وموقفها من اللوائح.

الفرع الأول: اختصاصات المحكمة العليا برقابة الدستورية.

الفرع الثاني: موقف المحكمة العليا من دستورية اللوائح.

الفرع الثالث: موقف الفقه من رقابة المحكمة العليا للوائح.

المطلب الثالث: طبيعة قضاء المحكمة العليا وأثره وحجيته.

المبحث الثالث: رقابة دستورية القوانين في ظل المحكمة الدستورية العليا.

المطلب الأول: تشكيل المحكمة والملاحظات عليه وضمانات الأعضاء.

الفرع الأول: تشكيل المحكمة.

الفرع الثاني: ملاحظات على التشكيل.

الفرع الثالث: ضمانات أعضاء المحكمة.

المطلب الثاني: محل الرقابة الدستورية.

الفرع الأول: القوانين كمحل للرقابة.

الفرع الثاني: اللوائح كمحل للرقابة.

الفرع الثالث: ما لا يصلح محلا للرقابة.

المبحث الأول

رقابة دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا

في البداية أغفل المشرع المصري تنظيم الرقابة فلم تنص الدساتير المتعاقبة من دستور ١٩٢٣ وحتى ما قبل دستور ٧١ على تلك الرقابة رغم أهميتها، وسوف نستعرض موقف الفقه والقضاء المصريين خلال هذه المرحلة التي غاب فيها النص على رقابة الدستورية.

المطلب الأول

موقف الفقه

نظرا للصمت الدستوري فقد حدث خلاف⁽⁵³⁾ بين الفقهاء حول رقابة الدستورية واتجه غالبية⁽⁵⁴⁾ الفقه إلى تأييد الرقابة على دستورية القوانين واستندوا في ذلك لما يلي:

١- ضرورة احترام مبدأ الشرعية فأية حكومة قانونية لا بد وأن تخضع لهذا المبدأ ولا بد من احترام القاعدة الدنيا للقاعدة العليا ولا يجوز المغايرة في الحكم بين شرعية اللوائح ودستورية القوانين.

٢- تخضع جميع السلطات داخل الدولة للدستور فإذا خالفتها السلطة التشريعية فلا يمكن إجبار

القضاء على السير في هذه المخالفة ومن ثم يحق له القضاء بعدم دستورية القانون ولا يعنى ذلك إلغاء له، فالقاضي ملزم بتطبيق قوانين البلاد العادية واحترام الدستور في ذات الوقت وتحت إعلاء كلمة الدستور يحق له الامتناع عن تطبيق القانون المخالف⁽⁵⁵⁾ ومن ثم فرقابة الدستورية من صميم عمل القاضي.

هذا وقد اتجه قلة⁽⁵⁶⁾ من الفقهاء إلى رفض الرقابة القضائية لدستورية القوانين ، بحسبان أن القضاة تعيينهم السلطة التنفيذية وليسوا ممثلين للأمة فلا يمكن أن يكونوا رقباء على ممثلى الأمة، وأن نص المادة الخامسة عشرة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية القديمة (والمقابلة للمادة ١٨) من قانون نظام القضاء تقضى بمنع المحاكم من توليل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها ومن ثم يمتنع على المحاكم رقابة دستورية القوانين.

كما ورد بالمذكرة التفسيرية للمرسوم بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٣٤ الخاص بتعطيل بعض أحكام القانون ٢٦ لسنة ١٩١٢ الخاص بلائحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية بأنه ليس لأية هيئة قضائية في مصر حق الرقابة على دستورية القوانين، كما استند أيضا لمبدأ الفصل بين السلطات لرفض الرقابة وأن دور القاضي ينحصر في تطبيق القانون حتى ولو خالف الدستور بحسبان أن وزير المخالفة حينئذ يقع على المشرع⁽⁵⁷⁾، وأن امتناع القاضي عن تطبيق القانون غير الدستوري يعد تعديا على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على أعمالها توصلا إلى إهدارها، وأنه لو جاز للقضاء التعقيب على عمل السلطة التشريعية لجاز للسلطة التنفيذية التعقيب على عمل السلطة القضائية بأن تمتنع عن تنفيذ الأحكام التي ترى فيها مجافاة للعدالة أو مخالفة للدستور كما تفهمه هي.

وقد رد على ما سلف على أساس من أن القضاة لا يخضعون للسلطة التنفيذية⁽⁵⁸⁾ بعد تعيينهم، وأن المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمادة ١٨ المقابلة لها لا تؤيدان لمنع رقابة دستورية القوانين وإلا لكان من الأولى منع القضاء من رقابة قانونية اللوائح بحسبان أن اللائحة أعلى من الأمر الإداري وهذا ما لم يقره القضاء والفقهاء، كما أن الحجة المستمدة من المذكرة التفسيرية مردود عليها بأنها غير ملزمة⁽⁵⁹⁾، كما أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يمنع الرقابة إذا فهم بمعناه الحقيقي وهو الفصل المشرى بروح التعاون بين السلطات وقدرة كل منها على إيقاف الأخرى عند حدودها الدستورية.

ودور القاضي إذا كان تطبيق القانون فإن القانون لا بد وأن يفهم بمعناه الواسع والذي يشمل القانون الأعلى وهو الدستور، ومن ثم فطرح القانون احتراماً للدستور ليس تدخلا في اختصاص السلطة التشريعية وإنما ممارسة طليعة للاختصاص القضائي، إذ إن القضاء لا يلغى القانون وإنما يستبعده من التطبيق فحسب مع استمرار وجوده قائما.

المطلب الثاني

موقف القضاء

الفرع الأول

موقف القضاء العادى

أثيرت مسألة دستورية القوانين لأول مرة أمام القضاء المصرى فى سنة ١٩٢٤ وذلك عندما دفع بعدم دستورية القانون رقم ٣٧ الصادر فى ١٣ سبتمبر سنة ١٩٢٣ المعدل للمادة ١٥١ عقوبات، والخاص بمعاقبة من ينشر أفكارا ثورية يجذب فيها تغيير النظم الأساسية للدولة على أساس أن ذلك القانون يخالف المادتين ١٦٤ و١٦٤ من دستور ١٩٢٣، وقد رفضت محكمة جنايات الإسكندرية التى قدم أمامها الطعن هذا الدفع وحكمت بالعقوبة، وأيدت محكمة النقض محكمة الجنايات على أساس من أن القانون صدر من الجهة التى تملك الولاية التشريعية ولم تحدث مخالفة للمادتين ١٦٤، ١٦٤ فحرية الرأى المكفولة يجب أن تكون فى حدود القانون ولم تحدث مخالفة للمبادئ الأساسية المقررة بالدستور، ولا يظهر من هذا الحكم إذا ما كانت المحكمة تقرر لنفسها على نحو جازم برقابة الدستورية⁽⁶⁰⁾ أم لا.

كما طرح الأمر أمام محكمة الجنج الجزئية بتلا وذلك عندما دفع بعدم دستورية قانون الانتخاب الذى تم تعديله أثناء غيبة البرلمان سنة ١٩٢٥ بمناسبة محاكمة العمد المضربين والرافضين استلام دفاتر الانتخاب، وانتهى الأمر إلى إدانة العمد وحدث خلط بين قانون الانتخاب فى ذاته ووسائل تنفيذه⁽⁶¹⁾.

وفى ٥ ديسمبر ١٩٣٠ أصدرت محكمة النقض حكما بصحة القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٢٩ الذى صدر أثناء إيقاف الحياة النيابية بموجب الأمر الملكى رقم ٤٦ لسنة ١٩٢٨، ومن درس أسباب الحكم يتبين له أن محكمة النقض ناقشت أوجه صحة القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٢٩ مما يستفاد منه قبول المبدأ بتردد ويغير وضوح⁽⁶²⁾.

ومما يفخر به ما قضت به محكمة مصر الابتدائية الأهلية فى أول مايو ١٩٤١⁽⁶³⁾، ورغم وجاهة هذا الحكم إلا أن محكمة استئناف مصر الأهلية قد ألغته استنادا إلى حجج الرأى المعارض لرقابة دستورية القوانين.

وقد انتقد⁽⁶⁵⁾ الفقهاء الحكم الأخير بشدة.

وللقضاء الجنائى⁽⁶⁶⁾ المصرى المخلط رأى فى شأن الدفع بعدم دستورية القانون وذلك فى الحكم الصادر من محكمة الجنايات المختلطة فى ١٩٤٨/١٢/٩، إذ حدث أن اتهمت امرأة أجنبية من قبل النيابة العامة بالترويج للشبيوعية عن طريق الدعوة للمذاهب الماركسية وأدانتها النيابة بالمادة ٩٨ فقرة ٣ من قانون العقوبات والمرسوم بقانون رقم ١١٧ الصادر فى ١٩٤٦/٨/١٤ والمعدل لها، وقد دفع بعدم دستورية ذلك المرسوم لأنه لم يعقب صدوره دعوة البرلمان لاتعقاد غير عادى ولذا يسقط مفعوله تطبيقا للمادة ٤١ من دستور ٢٣، وقد بحثت محكمة الجنايات ذلك الدفع ورفضت لأسباب ذكرتها ملخصها أن القانون نافذ بالرضاء الضمنى للبرلمان إذ عرض المرسوم على البرلمان فى دورته العامة

فلم يقره أو يرفضه، وقررت المحكمة في حيثيات حكمها أنها لا تريد الدخول في النزاع القائم في فرنسا ومصر حول حق القضاء في بحث دستورية القوانين، وأكدت على أن كل ما تملكه في هذا الشأن هو التحقق مما إذا كانت الشروط الشكلية لوجود القانون في ذاته قد توافرت من عدمه وذلك من حيث الاقتراع على القانون وإصداره ونشره ومن حيث الشروط اللازمة لوجوده إذا صدر في غيبة البرلمان.

وهكذا يظهر لنا مما سلف أن الوضع حتى سنة ١٩٤٨ ظل بالنسبة لرقابة دستورية القوانين متأرجحا بين المحاكم المصرية البعض يقرها والبعض الآخر يرفضها، ومحكمة النقض ترفض حسم المسألة برأى قاطع رغم عرضها عليها أكثر من مرة، ولم يقر القضاء العادي رقابة الدستورية إلا اقتداء بالقضاء الإداري على نحو ما سنعرض حالا.

الفرع الثاني

موقف القضاء الإداري

ويتمثل في قضاء محكمتي القضاء الإداري والإدارية العليا وسوف ندرس كلا منهما على حدة.

أ- موقف محكمة القضاء الإداري:

كان مجلس الدولة قد أنشئ سنة ١٩٤٦ وعلى ما يبدو فإنه كان متحفزا لحسم هذه المسألة وجاءته الفرصة ليدلي برأيه في هذا الأمر سنة ١٩٤٨ وذلك في الحكم التاريخي الشهير الصادر في (٦٧) ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨. إذ أكد على حق (٦٨) المحاكم في بحث دستورية القوانين ويعتبر هذا الحكم فذاً ومتميزاً، ونظرا لأهميته فسوف نورد بعضاً من حيثياته في المتن إذ قررت المحكمة أنه (ومن حيث إنه ليس في القانون المصرى ما يمنع المحاكم المصرية من التصدى لبحث دستورية القوانين بل والمراسيم بقوانين سواء من ناحية الشكل أو الموضوع، أما القول بأن في هذا التصدى إهدارا لمبدأ فصل السلطات بتدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية مما يعطل تنفيذه فإنه يقوم على حجة داحضة، إذ على العكس من ذلك فإن في هذا التصدى إعمالا لهذا المبدأ ووضعاً للأمور في نصابها الصحيح، ذلك لأن الدستور المصرى وإن قرر المبدأ المذكور ضمناً حين حدد لكل سلطة من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية المجال الذى تعمل فيه، عندما نص في المادة ٢٢ على أن جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور وفى المادة ٢٤ على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس الشيوخ والنواب وفى المادة ٢٠ منه على أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها وبرجاتها ... إن الدستور المصرى إذ قرر مبدأ الفصل دون أن يصرح به قد قرنه بمبدأ آخر أكده ضمناً وجعله متزامناً معه حين قرر في المادة ٢٢ على أن استعمال السلطات يكون على الوجه المبين بالدستور وبذلك جعل استعمال السلطات لوظائفها ينتظمه دائماً تعاون متبادل بينها على أساس احترام كل منها للمبادئ التى قررها الدستور، فالجانبان متلازمان يسيران جنباً إلى جنب ويكمل أحدهما الآخر وبغير ذلك لا تنتظم الحياة الدستورية لأنه إذا أهدرت إحدى السلطات أى مبدأ من مبادئ الدستور فإنها تكون قد خرجت عن دائرة المجال المحدد لاستعمال سلطتها، وإذا جاز لها أن تتخذ من مبدأ فصل السلطات علة تتذرع بها لإهدارها الدستور لانتهى الأمر إلى فوضى لا ضابط لها، مما يقطع بأن التزام كل سلطة من تلك

السلطات مبادئ الدستور هو خير الضمانات لإعمال مبدأ فصل السلطات بل وتدعيم البنيان الدستوري جميعه.....).

ويظهر من ذلك أن المحكمة قد نهبت إلى أن مبدأ فصل السلطات مقترن بمبدأ آخر هو استعمال السلطات لوظائفها على الوجه المبين والموضح بالدستور، ولا بد من التعاون المتبادل بين السلطات ومن ثم فوفقا لذلك المعنى لا تعارض بين مبدأ فصل السلطات والرقابة القضائية لدستورية القوانين إذ إن تلك الرقابة تحافظ على التوازن بين السلطات الثلاث.

وأضافت المحكمة (ومن حيث إن الدستور المصري إذا قرر في المادة ٢٠ منه أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من شتى المنازعات، ويتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل عند تعارض القوانين في أيها هو الواجب التطبيق إذ لا يدعو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشمّلها سلطة المحكمة في التقدير وفي الفصل لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع).

(ومن حيث إنه لا جدال في أن الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية هو أحد القوانين التي يجب على المحاكم تطبيقها ولكنه يتميز عن سائر القوانين بما له من طبيعة خاصة تضيف عليه صفة العلو وتسمه بالسيادة بحسبانه كفيل الحريات ومولئها ومناطق الحياة الدستورية ونظام عقدها، ويستتبع ذلك أنه إذا تعارض قانون عادي مع الدستور في منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم وقامت بذلك لديها صعوبة مشارها أي القانونين هو الأجر بالتطبيق، وجب عليها بحكم وظيفتها القضائية بناء على ما تقدم أن تتصدى لهذه الصعوبة وأن تفصل فيها على مقتضى أصول هذه الوظيفة وفي حدودها الدستورية المرسومة لها، ولا ريب في أنه يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمل وتقلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى والأجر بالاتباع، وهي في ذلك لا تعتدي على السلطة التشريعية مادامت المحكمة لا تضع بنفسها قانونا ولا تقضى بإلغاء قانون ولا تأمر بوقف تنفيذه وغاية الأمر أنها تفاضل بين قانونين قد تعارضا فتفصل في هذه الصعوبة وتقرر أيهما الأولى بالتطبيق، وإذا كان القانون العادي قد أهمل فمرر ذلك في الحقيقة إلى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين تلك السيادة التي يجب أن يلتزم بها القاضي والمشرع على حد سواء).

ويظهر لنا مما سلف كيف استطاعت المحكمة أن تحدد الأساس الذي يقوم عليه حق المحاكم في بحث دستورية القوانين باعتبار أن تعارض القانون مع الدستور هو صعوبة تتولد عن النزاع، وعلى المحكمة أن تفصل في هذه الصعوبة بموجب وظيفتها القضائية وبالمراعاة لسمو الدستور بصفته القانون الأساسي الذي هو مناط الحياة الدستورية.

وقد اختتمت المحكمة أسباب حكمها بسبب وجيه مستمد من المادة (١٦٧) من الدستور إذ قررت (ومن حيث إن الدستور ذاته قد ردد تلك البداة القانونية في المادة ١٦٧ منه حين جعل نفاذ الأحكام السابقة عليه رهينا بأن تكون متفقة مع أحكامه، وغنى عن البيان أن الخطاب في هذه المادة موجه إلى المحاكم التي قد يقوم لديها مثل هذا التعارض في التطبيق بين تلك القوانين وبين الدستور، وتلج في هذا النص دلالة مزدوجة إذ حين ناط بها بحث مطابقة تلك القوانين للدستور قد اعتبر أن حقها في هذا البحث من المسلمات كما أنه أكد سيادة الدستور العليا إذا ما تعارض مع القوانين العادية).

وبهذا⁽⁶⁹⁾ الحكم الفذ تكون المحكمة قد حددت أساس الرقابة القضائية وأكدت هذه الضمانة التي

تعد من أهم الضمانات الأساسية في القانون العام رغم خلو الدستور من النص الصريح عليها. ويرى البعض أن أسباب هذا الحكم متشابهة مع الأسباب التي قررها مارشال لتبرير هذا النظام في الولايات المتحدة⁽⁷⁰⁾.

وقد أيدت محكمة القضاء الإداري هذا الحكم بأحكام عديدة وتابعتها القضاء العادي وأصدرت محكمة النقض⁽⁷¹⁾ في ١٩٥٢/٢/٧ أول حكم لها يقر حق القضاء في رقابة دستورية القوانين، وتواترت بعد ذلك أحكام القضاء العادي والإداري مؤكدة حق القضاء في رقابة دستورية القوانين إذا دفع بذلك أمامه ولم يقتصر ذلك الحق على جهة قضائية معينة بل كان ثابتاً لمختلف المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها.

وكانت المحكمة تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور في القضية محل الدفع ولا تحكم المحاكم بعدم دستورية القانون ولا تنقيد محكمة أخرى بهذا القضاء ولا تنقيد نفس المحكمة التي أصدرت الحكم به في قضية أخرى مستقبلاً⁽⁷²⁾ فالحكم له حجية نسبية، ومن أهم التطبيقات القضائية التي قررت مبدأ الرقابة على دستورية القوانين ما استقر في قضاء مجلس الدولة من عدم دستورية التشريعات التي تقفل باب الإلغاء والتعويض جميعاً، وقد تواترت الأحكام في هذا الاتجاه بحيث يمكن أن يستخلص منها مايلي:

١- إن المنع من سماع الدعوى في أي تصرف أو قرار صدر عن سلطة معينة (السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية) سواء بالطريق المباشر أو غير المباشر على نحو شامل مطلق هو إعفاء لهذه السلطة من أية مسئولية ترتب على تصرفاتها حتى تلك المخالفة للقانون (قانون الأحكام العرفية)، وإعفاء سلطة عامة إعفاءً مطلقاً شاملاً من كل مسئولية تحققت فعلاً في جانبها وحرمان الناس حرماناً مطلقاً من اللجوء للقضاء بأي وسيلة من شأنه الإخلال بحقوق الناس في الحرية وفي المساواة وفي التكاليف والواجبات والانتصاف، وهي حقوق طبيعية كفلها لهم الدستور ويكون بالتالي قد وقع باطلاً لفقدانه شرطاً من الشروط التي تنطبق عليها المادة ٤١ من الدستور وهو وجوب ألا يخالف الدستور⁽⁷³⁾.

وطبقاً لهذا المبدأ ذهبت المحكمة إلى عدم دستورية ما نص عليه المرسوم بقانون ٦٤ لسنة ١٩٥٢ من أنه لاتسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبها.

٢- إن رقابة القضاء دون غيرها هي الطريق الفعال لكفالة الحقوق الطبيعية للأفراد وحيرياتهم العامة وبها يبقى النظام في حدوده الدستورية المشروعة، وكل نظام أرسى الدستور أسسه أو وضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما كان نظاماً استثنائياً لمبدأ سيادة القانون ومن ثم لرقابة القضاء⁽⁷⁴⁾.

وقد قررت محكمة القضاء الإداري في حكم لها⁽⁷⁵⁾ أنه لوصح في الجدل أن المرسوم بقانون ١٨١ لسنة ١٩٥٢ - وهو المرسوم الخاص بالتطهير ويجواز فصل الموظفين في أحوال خاصة بغير الطريق التذنيبي - قد استهدف منع التقاضي إطلاقاً سواء بالنسبة لطلبات الإلغاء أو التعويض لأضحى قانوناً غير دستوري وجاز للمحاكم الامتناع عن تطبيقه فيما جاوز الحدود الدستورية.

وفى حكم آخر⁽⁷⁶⁾ قررت أن منع سماع دعوى التعويض بالإضافة إلى قفل باب الطعن بالإلغاء حكم مناف للأصول الدستورية إذ لا يجوز مصادرة الحقوق وحرمان أصحابها فى الوقت ذاته من تعويض عادل.

ب- موقف المحكمة الإدارية العليا وتقييمه:

١- موقف المحكمة: حدد قضاء المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامها⁽⁷⁷⁾. معنى القانون غير الدستورى بأن قال (إنه ذلك الذى خالف قضاء دستوريا قائما أو خرج على روحه ومقتضاه ومرد ذلك أن الدستور - وهو القانون الأعلى فيما يقرره - لا يجوز أن تهدر أداة أدنى وأن وظيفة القضاء هو تطبيق القانون فيما يعرض له من الأقضية).

واستقر قضاء الإدارية العليا على أنه ليس فى القانون المصرى ما يمنع القضاء من التصدى لبحث دستورية القوانين مادامت رقابته لهذه الدستورية تجد حرصا فى نطاق تطبيق أو استبعاد تطبيق القانون دون الحكم بإلغائه أو وقف تنفيذه⁽⁷⁸⁾.

ورغم الموقف السابق للمحكمة وتقريرها الحق فى رقابة دستورية القوانين إلا أنها تراجعت عن القضاء بعدم دستورية قوانين لا شك ولا جدال فى عدم دستورتها ويظهر ذلك الاتجاه من التأمل فى ثلاثة أحكام خطيرة أصدرتها المحكمة فى ظل دستور ١٩٥٦ فى ٨ يونيو ١٩٥٧، ٢٥، ١٩٥٧، ١٢ يوليو ١٩٥٨ على التوالي.

فى الحكم الأول⁽⁷⁹⁾ ذهبت المحكمة إلى تقرير دستورية المادة ٢٩١ من القانون ٢٤٥ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تنظيم الجامعات رغم أنها تمنع (الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أمام أية جهة قضائية فى القرارات والأوامر الصادرة من الجهات الجامعية فى شأن طلابها).

وفى الحكم الثانى⁽⁸⁰⁾ قررت المحكمة دستورية المادة الثانية من القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ فيما نصت عليه من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو وقف التنفيذ أو طلب التعويض عن القرارات الصادرة بفصل الموظفين بغير الطريق التأديبى استنادا إلى المادة الأولى من نفس القانون.

وفى الحكم الثالث⁽⁸¹⁾ قررت المحكمة أيضا دستورية المادة الثالثة من القانون ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ الصادر بإلغاء الأحكام العرفية والتي تنص على أنه «لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار ويوجه عام أى عمل أمرت به أو خواته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو منوبوها أو وزير المالية والاقتصاد، أو أمر أحد الحراس العاملين أو منوبيهم عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية، سواء كان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شىء مما ذكر أو بسحبه أو بتعديله، أم كان غير مباشر عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة».

وقد قررت المحكمة الأحكام السالفة استنادا إلى المبادئ التالية⁽⁸²⁾:

١- إن إلغاء الوسيلة القضائية ليس معناه إلغاء أصل الحق ذاته إذ إن الحق شىء ووسيلة المطالبة به شىء آخر، ومن ثم فإن المادة ٢٦١ من القانون ٢٤٥ لا تهدر أو تمس أصل حق الطالب فى فرص الدخول فى الامتحانات أو غيرها حسبما تقرره القوانين أو اللوائح الجامعية⁽⁸³⁾.

٢- إن القانون هو الذى يقرر الحقوق ويحدد وسائل المطالبة بها قضائية كانت أو غير قضائية ولا

يلزم حتماً أن تكون تلك الوسيلة قضائية أو قضائية بوجه دون آخر كطلب التعويض، بل المرد في ذلك كله إلى ما يرتب القانون ويحدده وبالشروط والأوضاع التي يقررها لأنه هو الأداة الدستورية التي تملك ذلك كله في حدود الدستور بغير خروج على مبادئه⁽⁸⁴⁾.

٣ - إنه يجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضي وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء، فلا يجوز دستوريا حرمان الناس كافة من الالتجاء إلى القضاء للانتصاف به لأن في ذلك مصادرة لحق التقاضي وهو حق كفل الدستور أصله، إذ تكون مثل هذه المصادرة بمثابة تعطيل وظيفة السلطة القضائية وهي سلطة أنشأها الدستور لتمارس وظيفتها في أداء العدالة، ولكن للمشرع من ناحية أخرى أن يحدد دائرة اختصاص القضاء بالتوسيع أو التضييق لأن النصوص الدستورية تقضي بأن القانون هو الذي يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصها، ولا شبهة في تضييق اختصاص القضاء بعزلة عن نظر بعض الدعاوى مادام القانون هو الأداة التي تملك بحكم الدستور ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصها.

٤ - إن النعي بعدم دستورية القانون لا يستقيم إلا إذا كان الحق الذي يعتدى عليه ذلك القانون من الحقوق التي يكفلها الدستور وكانت وسيلة اقتضائه عن طريق القضاء هي وسيلة يقرها الدستور كذلك، أما إذا كان الحق هو مما ينشئه القانون أو يلغيه وكذلك إذا كانت وسيلة اقتضائه هي مما ينظمه القانون على الوجه الذي يراه فلا يكون ثمة وجه للنعي بعدم دستوريته، فعلاقة الموظف⁽⁸⁵⁾ بالحكومة هي علاقة تنظيمية وتقليد الوظيفة العامة لا يرتب حقاً فيها على غرار حق الملكية مثلاً، ومن ثم فإن بقاءه فيها ليس حقاً ينهض إلى مرتبة الحقوق الدستورية تلك الحقوق المنصوص عليها في الباب الثالث من الدستور.

٥ - إن قفل باب الطعن بالإلغاء والتعويض جميعاً في أعمال سلطة أو هيئة عامة يكون مخالفاً للدستور إذ صدر به مرسوم بقانون ولكنه يكون مشروعاً وغير مخالف للدستور إذا كانت أداة إصداره هي القانون⁽⁸⁶⁾.

٦ - إن المقصود بالمساواة أمام القضاء هو عدم التفرقة بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية، ولا يمكن أن تفهم المساواة أمام القضاء بالقياس بينهم (الطلبة) وبين طائفة أخرى من الأفراد لا شأن لهم في النظم الجامعية⁽⁸⁷⁾.

٢ - تقييم موقف المحكمة:

يظهر مما سلف أن هذه الأحكام تعد ردة عن الاتجاه القضائي الذي كانت تسير عليه محكمة القضاء الإداري، وهوتت تلك الأحكام الأخيرة كثيراً من قيمة حق التقاضي استناداً إلى حق المشرع في تحديد اختصاص القضاء، ونرى أن حق المشرع السالف لا يعد حلاً للمشكلة القائمة كما أن التفرقة بين الحق وسيلة اقتضائه لا تغني أيضاً رغم أنها تفرقة فنية صحيحة لأن حق التقاضي بشأن الحقوق المختلفة يعد تعبيراً عن مبدأ الشرعية والحكومة المقيدة، فسلطة المشرع إزاء حق التقاضي لا يجوز أن تتجاوز التنظيم إلى الإهدار والمصادرة ويتساوى في تقديرنا أن يتم قفل باب الطعن بقانون أو بواسطة مرسوم بقانون، ولا يمكن فهم موقف المحكمة فيما يتعلق بفرض الحرمان من الالتجاء إلى القضاء على الناس كافة إذ إن ذلك فرض نظري لا يخطر ببال أحد وإذا وقع جدلاً فلن يكون اعتداء على حق التقاضي وحده وإنما على استقلال القضاء وخروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات⁽⁸⁸⁾.

وإذا كان لا شك في أن التفرقة في المعاملة بين أفراد ينتمون إلى نفس الطائفة (الطلبة مثلا) ينطوى على إخلال بمبدأ المساواة إلا أن شمول المعاملة الخاصة لطائفة أو جماعة بأكملها لا يعنى دائما تحقق المساواة، فلا بد لتحقيق المساواة رغم شمول المعاملة الخاصة أن يكون هناك أساس (89) موضوعي معقول لتلك المعاملة.

هذا ويعمل هذه الردة القضائية في رأى د/ أحمد كمال (90) أبو المجد الوضع الاستثنائي المؤقت الذي اجتازته البلاد كلها بعد الثورة وهذا في حقيقته ليس إلا تعبيراً مهذبا عن حقيقة الوضع في فترة صبور تلك الأحكام حيث كانت الدكتاتورية على أشدها، ولا يمكن للقاضي أن يعمل حكم الدستور في ظل جو إرهابي وفي ظل اهتزاز مقعده (91) من أسفله ولا شك أن تلك فترة رهيبة طاغية أثرت على كل من عاصرها حتى القضاء، لأن القاضي فرد يعيش في مجتمع في نهاية الأمر.

وهذه الأحكام رغم إقرارها لحق المحاكم في رقابة دستورية القوانين إلا أنها انتهت إلى دستورية قوانين لاجدال في أنها غير دستورية، ومن ثم يظهر لنا جلجا مدى كون رقابة الدستورية وسيلة احتياطية لحماية الحقوق والحريات الدستورية أما الوسيلة الأصلية فهي تأصيل روح الحرية واحترام الدستور لدى الحكام والمحكومين على حد سواء وهذا هو مضمون ما عبر عنه القاضي والفقيه ذائع الصيت ليرند هاند حيث قال: «إن روح الحرية إذا أخدمت في قلوب الرجال والنساء فلن تجدى في إحيائها دساتير ولا قوانين ولا محاكم أما إذا عاشت حقيقة في تلك القلوب فإنها لن تحتاج إلى هذه الدساتير ولا القوانين ولا المحاكم» (92).

المبحث الثاني

رقابة دستورية القوانين في ظل المحكمة العليا

تمهيد:

كان قد نص بميثاق العمل الوطني الصادر في ٣٠ يوليو ١٩٦٢ على ما يؤكد إقرار الرقابة على دستورية القوانين فقرر تحت عنوان ضمانات مبدأ سيادة القانون «ضرورة أن تقام كل الضمانات الكفيلة بسيادة القانون بحيث يصدر طبقا للدستور، ومن ثم فقد أصبح ملائما تقديرا للحرية ودعمها لها أن ينقر إنشاء محكمة دستورية عليا يحدد الدستور الجديد طريقة تشكيلها واخصاصها (93)».

وقد أكد بيان ٣٠ مارس ١٩٦٨ على ضرورة إنشاء المحكمة الدستورية العليا والتي يكون لها تقرير دستورية القوانين وتطبيقها مع الميثاق والدستور.

وأساس نشأة التفكير في إيجاد المحكمة الدستورية في أي دولة إنما يكون أساسا لمعالجة ثلاثة أمور، أولها الخشية من تضارب المحاكم في شأن دستورية قانون ما بحيث من المحتمل أن يعد دستوريا أمام محكمة وغير دستوري أمام محكمة أخرى وقد يعد دستوريا في دعوى وغير دستوري في دعوى أخرى أمام ذات المحكمة، وثانيها قصور رقابة المحاكم العادية إذ إنها لا تنقل أكثر من رفض تطبيق القانون غير الدستوري لكن يظل للقانون آثاره وفاعليته في غير نطاق الدعوى التي قال فيها القضاء كلمته، وثالثها الحاجة إلى محكمة دستورية يلجأ إليها ابتداء لتقول كلمة حاسمة في

إلغاء تشريع معين أو إيقانه⁽⁹⁴⁾.

وفي ٣١ أغسطس ١٩٦٩ و استنادا إلى قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ أصدر رئيس الجمهورية القرار بقانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ الخاص بإنشاء المحكمة العليا، وفي ٧ فبراير سنة ١٩٧٠ أصدر رئيس الجمهورية قراراً بتشكيل المحكمة، وفي ٢٥ أغسطس أصدر مجلس الأمة القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا وعقدت المحكمة العليا أولى جلساتها في ٣ مارس ١٩٧٠⁽⁹⁵⁾(٩٦)(٩٧).

المطلب الأول

تشكيل المحكمة والملاحظات عليه

نصت المادة (١) من قانون إنشاء المحكمة على أن المحكمة هي الهيئة القضائية العليا بالجمهورية العربية، ونصت المادة (٣) من ذات القانون على أنها تتكون من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس وعدد كاف من المستشارين، ويشترط فيمن يعين مستشارا بالمحكمة العليا طبقا لنص المادة (٦) أن تتوافر فيه الشروط العامة لتولي القضاء طبقا لأحكام قانون السلطة القضائية ولا تقل سنه عن ٤٢ سنة ميلادية ويكون اختياره من بين الفئات الآتية:

أ- المستشارين الحاليين أو من في درجتهم من أعضاء الهيئات القضائية المختلفة ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها مدة ثلاث سنوات على الأقل.

ب- من سبق لهم شغل وظيفة مستشار أو ما يعادلها في الهيئات القضائية لمدة ثلاث سنوات على الأقل.

ج- المشتغلين بتدريس القانون بجامعة الجمهورية العربية المتحدة في وظيفة أستاذ لمدة ثماني سنوات على الأقل.

د- المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا لمدة ثماني سنوات.

وطبقا للمادة ٧ يتم تعيين رئيس المحكمة العليا بقرار من رئيس الجمهورية من بين أعضاء المحكمة العليا أو من غيرهم ممن تتوافر فيهم شروط التعيين ويجوز تعيين رئيس المحكمة دون تقييد بسن التقاعد، ويكون تعيين نواب رئيس المحكمة ومستشاريها بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية ويكون تعيين رئيس المحكمة العليا ونوابه والمستشارين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. ونصت المادة (٢) من قانون المحكمة العليا على أنها تؤلف من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس وعدد كاف من المستشارين على أن تصدر أحكامها من سبعة مستشارين ونصت المادة ٢٣ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أن الأحكام وقرارات التفسير تصدر بأغلبية آراء.

ويلاحظ على تشكيل المحكمة:

١- لم يتم تقسيم المحكمة العليا إلى دوائر مثلما هو الحال في المحكمة الدستورية الألمانية⁽⁹⁸⁾ وهذا أفضل لتوحيد الاتجاه ومنع التضارب وهو الغاية المرجوة من إنشاء المحكمة العليا أساسا.

٢- لم يتم تحديد عدد الأعضاء وهذا يمنح السلطة السياسية فرصة إنقاص العدد أو زيادته لتحقيق أهداف سياسية ومن الأفضل تحديد عدد أعضاء المحكمة بمعرفة الدستور وألا يترك ذلك للقانون، فقد يحدث صدام بين الحكومة والمحكمة فتستغل الأولى الأغلبية البرلمانية المؤيدة لها في البرلمان لمحاولة تعديل قانون المحكمة وقد حدث شيء من هذا في عهد الرئيس روزفلت (٩٩) . وقد حدد كل من الدستور الإيطالي والسويسري عدد أعضاء المحكمة، وتحديد العدد في الدستور أقوى من تحديده في القانون أما عدم تحديده في كليهما فهو معيب ويفتح الباب للأهواء وسيطرة السلطة التنفيذية.

٤- اشترط أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية عند تعيين نواب رئيس المحكمة ومستشاريها ولم يشترط ذلك عند تعيين رئيس المحكمة ولم يتقيد بسن التقاعد بالنسبة له دونا عن الآخرين وهذه تفرقة لامبر لها طالما لم يؤخذ بنظام أن للرئيس صوت مرجح عند تساوى الأصوات وعند احتساب الأغلبية، وأخذ رأي المجلس يعني أن المسألة مجرد استشارة وأن هذا الإجراء شكلي وخال من أي أثر موضوعي، فيمكن بالتالي طرح رأي المجلس.

٥- جاء المشرع المصري موافقا في اختيار أعضاء المحكمة من عناصر قضائية وقانونية إذ إن موضوع دستورية القوانين هو في حقيقة موضوع نو طبيعة قانونية، ويرى د/ علي الباز (١٠٠) أن الاختيار كان يجب أن يكون من ضمن قائمة يعدها المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، ونحن نوافق سيادته على ذلك حالة كون العناصر المختارة قضائية أما في حالة العناصر غير القضائية فهنا لابد وأن يعطى دور لغير المجلس الأعلى للهيئات القضائية إذ لن يكون المجلس في هذا الشأن هو صاحب الكلمة العليا أو الدقيقة، ومن ثم يكون من الأفضل ترك الترشيح في هذه الحالة بالنسبة للمحامين لنقابة المحامين وبالنسبة لأساتذة القانون للمجلس الأعلى للجامعات، ولما كان الاختصاص الأساسي للمحكمة هو رقابة دستورية القوانين وهو موضوع من مواضيع القانون العام فكان من الأوفق أن ينص القانون على أن يكون الاختيار من بين أساتذة القانون العام، ونرى أيضا أنه كان من الأوفق أن يختار الأعضاء فيما بينهم رئيسا لهم وقد أخذ الدستور الإيطالي بذلك.

٦- يرى د/ محمد حسنين عبد العال (١٠١) أنه يجب أن يكون تعيين أعضاء المحكمة من اختصاص السلطة القضائية وحدها في صورة المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ويقرر أنه ليس هناك داع للاستشهاد بتجارب الدول الأخرى إذ إن التاريخ الدستوري المصري يظهر أن الخطر الحقيقي على احترام الدستور وسيادة القانون يكمن في السلطة التنفيذية التي دأبت الدساتير المصرية بما فيها دستور سنة ١٩٧٨ على جعل العديد من الاختصاصات لها بما يغيرها على الخروج على الدستور والاعتداء على اختصاصات باقي السلطات.

ويرى د/ كمال أبو المجد (١٠٢) في رسالته السالفة أن تدخل السلطة التنفيذية في تعيين القضاة ليس له أي تأثير إذ إن العبرة ليست بالتعيين ولكن بالقدرة على التدخل في شئون القضاة بعد تعيينهم، ونرى أن هذا الرأي قد يكون له وجهة بالنسبة للقضاة غير الدستوريين أما القضاة الدستوري فإنهم يراقب دستورية القوانين والتي هي من عمل السلطة التشريعية بالتعاون مع السلطة التنفيذية التي غالبا ما تقترح القانون، لذلك يجب لضمان الجدية خاصة في الدول النامية والتي لم ترسخ أقدامها في الديمقراطية بعد ألا تنفرد أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بالأمر وإنما من الأفضل أن تشارك السلطات الثلاث (١٠٣) في الاختيار، فيمكن أن يعد المجلس الأعلى للهيئات

القضائية قائمة يشاركه فيها المجلس الأعلى للجامعات وتقابة المحامين فى حدود ما ذكرنا وتقدم تلك القائمة التى يمكن أن يكون بها ضعف أو ضعفى العدد المطلوب لرئيس الجمهورية والبرلمان ليختار كلا منهما نصف العدد المطلوب، وهذه الطريقة فى تقديرنا بالإضافة إلى أنها لاتؤدى لانفراد سلطة من السلطات بعملية الاختيار فإنها تؤدى لدقة الاختيار وترفع كفاءة المحكمة، ولمنع صعوبة ازدواج جهة الاختيار يمكن أن ينص فى قانون المحكمة على أن يكون العدد المطلوب تعيينه زوجيا وأن يحدد رئيس الجمهورية قراره أولا ثم البرلمان أو العكس حتى لايتزامن القراران.

٧- يعاب على قانون المحكمة العليا أنه جعل التعيين لمدة مؤقتة وهى ثلاث سنوات قابلة للتجديد حيث نصت المادة السابعة على أن يكون تعيين رئيس المحكمة ونوابه والمستشارين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ومن ثم فيمكن عن طريق التجديد أو عدمه التأثير على اتجاهات المحكمة (104)، ويلاحظ أن أعضاء المحكمة العليا يعينون مدى الحياة فى أمريكا وفى إيطاليا يعين أعضاء المحكمة الدستورية لمدة تسع سنوات ونرى أن الأسلوب الأمريكى أفضل.

المطلب الثانى

اختصاص المحكمة العليا برقابة الدستورية وموقفها من اللوائح

الفرع الأول

اختصاصات المحكمة العليا برقابة الدستورية

حددت المادة (٤) من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والخاص بالمحكمة العليا اختصاص هذه المحكمة (105) على النحو التالى:

- ١- الفصل فى دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم.
- ٢ - تفسير النصوص القانونية التى تستدعى ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القضائى.
- ٣ - الفصل فى طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المشكلة للفصل فى منازعات الحكومة والقطاع العام.
- ٤ - الفصل فى مسائل تنازع الاختصاص.

ويهمنا من تلك الاختصاصات الاختصاص الأول.

ولقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون السالف السبب الذى من أجله عقد اختصاص برقابة دستورية القوانين للمحكمة العليا إذ قررت أن السبب هو الرغبة فى عدم ترك أمر البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائى فى الجمهورية العربية المتحدة وحتى لايتباين وجهه الرأى فيه (106).

وقد أكدت المحكمة العليا هذا المعنى فى حكم لها إذ قررت أن المشرع قد حسم بذلك الخلاف المترتب على تعدد جهات القضاء التى كانت تنظر على الشروع بينها موضوع دستورية القوانين وكفل

وحدة النظام القانوني واستقراره وسد ثغرة عميقة في نظامنا القضائي والقانوني (107).

وكان مفهوم الفقرة (١) من القانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ الخاص بالمحكمة العليا أن المحاكم المختلفة ينحصر دورها في وقف الفصل في الدعوى الأصلية وتحديد مهلة لصاحب الشأن كي يرفع دعواه أمام المحكمة العليا، ولم يكن للمحكمة التي يثار أمامها الدفع أية سلطة تقديرية بصدهه وكان من شأن ذلك أن يؤدي لعرقلة السير في الدعوى فيمكن للخصم الذي يريد التعطيل أن يدفع بعدم الدستورية وثقا من أن ذلك سيستجاب له، وقد تقادى المشرع هذا العيب الخطير حين اشترط في القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ (108) والخاص بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا أن يكون الدفع جدياً، ومن ثم يجوز للمحكمة التي أثير أمامها الدفع أن ترفضه حالة عدم جديته ويكون لمبدئ الدفع حق التظلم أمام الجهة الأعلى في القضائين العادي والإداري حسب الأحوال ولادخل للمحكمة العليا في هذا الشأن.

هذا ويلاحظ أن المشرع قد قصر اختصاص المحكمة العليا على طلب الفصل في دستورية القوانين التي تحال إليها عن طريق الدفع، ومن ثم لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تحيل إلى المحكمة العليا قانوناً يراد تطبيقه على الدعوى وترى عدم دستوريته، وهذا عيب كبير في نظام المحكمة العليا إذ سوف تضطر المحاكم إلى تطبيق قانون ترى أنه غير دستوري والمفروض أن عدم الدستورية من النظام العام.

ونظراً لهذا الموقف ذهب رأي في الفقه (109) إلى أن للمحاكم جميعاً اختصاص محدود في مجال الرقابة على دستورية القوانين يختلف عن اختصاص المحكمة العليا فالمحكمة العليا هي وحدها التي تملك الحكم بعدم دستورية قانون أو بدستوريته ويكون حكمها ملزماً لجميع جهات القضاء، بينما المحاكم الأخرى إما أن ترفض تطبيق قانون يظهر لها أنه غير دستوري شريطة ألا يثار دفع أمامها بعدم الدستورية وألا تكون المحكمة العليا قد قررت في نزاع آخر دستوريته وإما أن تستمر في نظر الدعوى متجاهلة الدفع بعدم الدستورية لعدم الجدية.

وذهب صاحب هذا الرأي أيضاً أنه سواء اعتبرت المحاكم القانون دستورياً ورفضت الدفع أو اعتبرته غير دستوري ولم يطبقه فإن لهذا الحكم حجية نسبية حتى ولو كان صادراً من محكمة النقض أو الإدارية العليا فالحجية النسبية مقصورة على الأطراف والمحل والسبب.

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الرأي ونرى أنه لازم انسباقاً مع حكم الضرورة بحسبان أن هناك نقص في قانون المحكمة لأنه لم ينص على حالة عدم الدفع رغم عدم دستورية القانون، وهنا لا يمكن إجبار المحاكم على تطبيق قانون ترى أنه غير دستوري إذ إن عدم الدستورية من النظام العام.

الفرع الثاني

موقف المحكمة العليا من رقابة دستورية اللوائح

أشارت المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا لاختصاص المحكمة بوز غيرها بالفصل في دستورية القوانين ولم تشر إلى اللوائح، وقد اتجه بعض الفقه إلى قصر رقابة المحكمة على القوانين واللوائح التي لها قوة القانون وهي اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة التي يصدرها رئيس

الجمهورية طبقا للمادتين ١٠٨، ١٤٧ من الدستور (القرارات بقوانين) وذلك دون باقى اللوائح مثل لوائح الضبط واللوائح التنفيذية والتنظيمية، والتي تظل من اختصاص مجلس الدولة باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أو من اختصاص المحاكم العادية فى الأحوال التى تختص بنظرها⁽¹¹⁰⁾.

والرأى الذى تغلب وأيئته المحكمة العليا هو رقابتها لجميع أنواع اللوائح إذ حدث أن دفع أمام إحدى المحاكم المدنية بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٢٠٩ لسنة ١٩٦٦ بإصدار نظام العاملين بالقطاع العام وذلك فيما تضمنه من تعديل لطرق التظلم من الجزاءات التأديبية الموقعة على هؤلاء العاملين، وأخذت المحكمة بالنفع وأوقفت الدعوى وكلفت نوى الشأن برفع دعوى الدستورية أمام المحكمة العليا، وأمام المحكمة العليا دفعت الحكومة بعدم القبول بحسبان أن اختصاص المحكمة يقتصر على رقابة دستورية القوانين فحسب إلا أن المحكمة قضت برفض الدفع ، وأكدت أن⁽¹¹¹⁾ (112) رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأساسى الذى يرسى الأصول والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم ، ولما كان الهدف لا يتحقق على الوجه الذى يعنيه المشرع فى المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا وفى مذكرته الإيضاحية إلا إذا نشطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها سواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية فى حدود اختصاصها، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعا بل إن هذه المظنة أقوى فى التشريعات الفرعية منها فى التشريعات الأصلية التى يتوافر بها من الدراسة والبحث والتحصيل فى مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية، ولو انحسرت ولاية المحكمة عن رقابة التشريعات الفرعية لعاد أمرها إلى المحاكم لتقضى فى الدفوع التى تقدم إليها بعدم دستورتها بأحكام غير ملزمة يناقض بعضها بعضا .

الفرع الثالث

موقف الفقه من رقابة المحكمة العليا للوائح

انتقد بعض الفقهاء ومنهم د/ محمود عاطف البنا موقف المحكمة العليا على ركيزة من أنه وإن كان يعد صحيحا أن مظنة الخروج على أحكام الدستور فى التشريعات الفرعية أكبر من التشريعات الأصلية إلا أن ذلك لا يعد سببا كافيا للاختصاص، فمظنة الخروج قائمة بالنسبة للقرارات اللائحية أو الفردية والعقود الإدارية ولم يقل أحد رغم ذلك باختصاص المحكمة العليا بذلك.

فقد يحدث ألا يكون هناك قانون ولائحة بين القرار والدستور فيكون العيب الذى أصاب القرار هو عدم الدستورية، فالمادة ١٥ من دستور ١٩٢٣ تقرر أنه (لا يجوز للإدارة مصادرة الصحف إلا بناء على تشريع ينظم هذه المصادرة) فإن لم يصدر التشريع وصدر قرار بالمصادرة فيكون القرار مخالفاً للدستور.

كما أن العقود الإدارية يمكن أن تخرج على الدستور وذلك كعقد قرض دون موافقة مجلس الشعب بالمخالفة لنص المادة ١٢١ من دستور سنة ١٩٧١.

ومن ثم فإن القول بأن اللوائح لا يتوافر لها ما يتوافر للقانون من الدراسة والبحث والتحصيل وأن

منها ما ينظم حريات المواطنين وأمورهم اليومية وأن أعمال السلطة التنفيذية في تطور مستمر كل ذلك يؤكد ضرورة الرقابة، إلا أن ذلك لا يعني لزما أن يكون الاختصاص للمحكمة العليا بالقضاء الإداري بحكم تكوينه وتخصصه هو الأقدر على ذلك.

والقول بأن اللوائح تعتبر أعمالا تشريعية من حيث الموضوع دون الشكل ليس حجة كبيرة إذا المعمول به في مصر هو المعيار الشكلي.

ومن ثم فخلاصة القول أن سيادته⁽¹¹³⁾ يرى إبقاء الاختصاص بشأن دستورية اللوائح للمحاكم الإدارية والعادية.

وقد تولى د/ عادل عمر شريف⁽¹¹⁴⁾ الرد على حجج د/ محمود عاطف البنا بأن قال:

١- إن سند إخضاع اللوائح لرقابة الدستورية هو المعيار الموضوعي أما القرارات الإدارية الفردية والعقود الإدارية فكلهما ليس قانونا سواء من ناحية الشكل أو الموضوع.

٢- إن جعل رقابة دستورية اللوائح من اختصاص القضاء الإداري أمر يتعارض مع الغرض من إنشاء المحكمة العليا وهو مركزية الرقابة، بالإضافة لأن القضاء الإداري قضاء مشروعية وليس قضاء دستورية.

٣- إن المعيار الشكلي لا يعتد به دائما فيمكن الاعتماد بالمعيار الموضوعي في بعض الأحيان بدليل ما أقره الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ من رقابة المحكمة الدستورية العليا للوائح.

٤- إن القول بمساس القضاء المحكمة العليا السالف لاختصاصات القضاء الإداري التي حددها قانون مجلس الدولة أمر غير سديد إذ إن المشرع هو الذي يحدد جهات القضاء ويعين اختصاصها وطالما أنشأ المشرع الدستوري المحكمة العليا وحدد اختصاصها برقابة دستورية القوانين وهو الأمر الذي فهمته المحكمة العليا بأنه يشمل القوانين من الناحية الموضوعية أيضا فلا تثريب على ما قضت به المحكمة.

- وإن كان لنا أن ندلي بدلونا⁽¹¹⁵⁾ في هذا الشأن فلا اختلال في سلامة ما اتجهت إليه المحكمة العليا، خاصة وأن ذلك سيؤدي لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة من تطبيق لوائح غير دستورية عليهم تكون قد تحصنت بانقضاء مواعيد الطعن المقررة ومن ثم لن يستطيع القضاء الإداري إلغاؤها وإن استطاع إلغاء القرارات الفردية الصادرة استنادا إليها والتعويض عنها، بينما يستطيع القضاء الدستوري القضاء بعدم دستورية تلك اللوائح لمخالفتها للدستور رغم تحصنها من الطعن عليها بالإلغاء وذلك سيجبر الحكومة على إلغائها أو تعديلها بما يتفق مع الدستور⁽¹¹⁶⁾ (117).

المطلب الثالث

طبيعة قضاء المحكمة العليا وأثره وحجيته

تقضي المحكمة بدستورية أو عدم دستورية القانون أو اللائحة محل الطعن ويقتصر دورها على هذا الأمر ولا يصل أبدا إلى الفصل في أصل النزاع⁽¹¹⁸⁾ الذي كان مطروحا أمام المحاكم التي أوقفت الدعوى، حتى ولو كان ما قضت به المحكمة من شأنه أن يبيري متنها في دعوى جنائية أو يؤدي لرفض

الدعوى محل الطعن لعدم استنادها لقانون دستوري⁽¹¹⁹⁾.

ولم يتضح من قانون المحكمة العليا طبيعة آثار الحكم الصادر من المحكمة العليا عدا ما نص عليه في المادة ١٢ من أن تكون أحكام المحكمة العليا وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن وكان مفهوم هذا النص أن الحكم له حجية نسبية في إطار الدعوى محل الطعن.

ثم جاء قانون الإجراءات والرسوم ليفرض الحجية المطلقة بنص المادة ٣١ منه التي قضت بأن «أحكام المحكمة العليا في دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء». وهذه الحجية مطلقة بحيث إنها تلزم جهات القضاء بما تقررره المحكمة العليا من حيث دستورية أو عدم دستورية القانون المراد تطبيقه.

فلا يجوز للمحاكم أن تقرر وقف أية دعوى إذا أثير دفع سبق للمحكمة العليا قول كلمتها فيه. كما يجوز للخصوم تعجيل الدعوى التي أوقفت لدفع بعدم دستورية قانون إذا صدر بشأن ذلك القانون حكم من المحكمة العليا في دعوى أخرى باعتبار أنه ملزم لجميع جهات القضاء، وإذا حدث وطرح نزاع في دستورية قانون أمام المحكمة العليا وكان قد سبق لها أن قالت كلمتها فيه سواء بالدستورية من الناحية الموضوعية أو عدمها فإن المحكمة حينئذ تقضى بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها، أما إذا كانت قد نظرت في النص وأكدت دستوريته من الناحية الشكلية فلا يزال ذلك من إمكانية الطعن الموضوعي عليه.

وتلتزم الهيئة التنفيذية بقضاء المحكمة ويصير القانون رغم عدم إلغاء رسمياً عديم الأثر ولا إلزام فيه، والهيئة التشريعية عليها إما أن تلغى القانون غير الدستوري أو تصححه شكلاً أو موضوعاً بحسب الأحوال.

ويلاحظ أن المشرع قد حقق العلم لدى الكافة بأحكام المحكمة العليا وذلك بنصه في المادة ٣١ على ضرورة النشر في الجريدة الرسمية لمنطوق الأحكام الصادرة بالفصل في دستورية القوانين.

ويعاب على ذلك أن مسألة النشر ليس مكانها قانون الإجراءات وإنما قانون إنشاء المحكمة العليا ولا يمكن تبرير هذا الخطأ ولا الخطأ الآخر الخاص بآثر الحكم الصادر من المحكمة العليا والذي تم تداركهما في قانون الإجراءات إلا بالسرعة المفرطة في إصدار قانون المحكمة العليا.

المبحث الثالث

الرقابة على دستورية القوانين في ظل المحكمة الدستورية العليا

تمهيد:

صدر الدستور المصري⁽¹²⁰⁾ في ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ ناصراً على إنشاء المحكمة الدستورية العليا كهيئة قضائية مستقلة بذاتها وأعطاهم الحق وحدها في رقابة دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية ونص الدستور في المادة ١٩٢ منه على أن (تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا)⁽¹²¹⁾.

وقد أعطى الدستور الحق لقانون المحكمة الدستورية العليا في أن يحدد اختصاصاتها الأخرى

وبالفعل صدر ذلك القانون في ٢٩ أغسطس ١٩٧٩ وكان يحمل رقم ٤٨ ليعمل به بعد أسبوعين من تاريخ نشره.

ونشر بالفعل في ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩ وتناول هذا القانون تنظيم المحكمة واختصاصاتها والإجراءات واجبة الاتباع أمامها وأثر الحكم الصادر من المحكمة. ويلاحظ أن الإجراءات وردت بذات القانون ولم تفصل عنه كما حدث بالنسبة للمحكمة العليا.

المطلب الأول

تشكيل المحكمة والملاحظات عليه

الفرع الأول

تشكيل المحكمة

نصت المادة الأولى من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية (مقرها مدينة القاهرة).

ولاشك أن هذا النص أفضل من نص المادة الأولى من قانون المحكمة العليا والذي جعلها الهيئة القضائية العليا بالجمهورية العربية المتحدة إذ بنص قانون المحكمة الدستورية العليا لاعتبر تلك المحكمة تنظيماً قضائياً خاضعاً للسلطة القضائية، فهي وإن كانت من الهيئات التابعة للسلطة القضائية إلا أنها تستقل عن وزارة العدل وهيئاتها القضائية وليس لها علاقة بالمجلس الأعلى للهيئات القضائية سوى وجوب أخذ رأيه عند تعيين أعضائها.

ونص القانون الحالي اتساقاً مع القانون الخاص بالمحكمة العليا على أن تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من المستشارين وتصدر أحكامها من سبعة مستشارين.

هذا ويتفق القانونان (122) في تحديد الفئات التي يتم تعيين أعضائها المحكمة منها وهم المستشارون الحاليون أو السابقون ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها مدة حددها قانون المحكمة العليا بثلاث سنوات على الأقل وحددها قانون المحكمة الدستورية العليا بخمس سنوات على الأقل، وأساتذة القانون بالجامعات المصرية ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثمان سنوات على الأقل (وشمل القانون الأخير صراحة الأساتذة السابقين) ، والمحامون الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا ثمان سنوات طبقاً للقانون الأول وعشر سنوات طبقاً للقانون الثاني.

- هذا وقد نصت المادة ٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن (يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية ويعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين (123) ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة، ويجب أن يكون ثلثاً أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية).

ونصت المادة الخامسة من مواد الإصدار على أنه (مع مراعاة حكم الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٥ من القانون المرافق يصدر أول تشكيل للمحكمة الدستورية العليا بقرار من رئيس الجمهورية ويتضمن تعيين رئيس المحكمة وأعضائها ممن تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في القانون المرافق بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية بالنسبة للأعضاء. ويؤدى أعضاء المحكمة اليمين المنصوص عليها في المادة ٦ من القانون المرافق أمام رئيس الجمهورية.

الفرع الثاني

ملاحظات على التشكيل

أولاً: تنطبق ذات ملاحظتنا⁽¹²⁴⁾ التي سبق أن ذكرناها أنفاً على تشكيل المحكمة العليا وذلك من حيث عدم تقسيم المحكمة إلى دوائر وعدم تحديد أعضاء المحكمة وأن المشرع جاء موثقاً في اختيار أعضاء المحكمة من عناصر قضائية وقانونية ومن حيث ما سبق أن نادينا به من ضرورة اشتراك السلطات الثلاث في الاختيار وفق الطريقة التي اقترحناها سلفاً.

ثانياً: من مزايا قانون المحكمة الدستورية العليا أنه لم يجعل التعيين بالمحكمة لمدة مؤقتة ومن ثم فقد سد الطريق على السلطة التنفيذية للسيطرة على المحكمة عن هذا الطريق، كما لم يعط القانون ميزة لرئيس المحكمة بالنسبة لسن التقاعد وبالتالي عدل عما كان مقرراً في قانون المحكمة العليا.

ثالثاً: رأى د/ سعد عصفور أنه: من العيوب الموجهة لقانون المحكمة الدستورية الاستثناء الذي أوجدته المادة الخامسة/أ من مواد الإصدار إذ لم يكن هناك داع لاستثناء هذا التشكيل الأول إذ المفروض أن يكون التشكيل الأول مرسياً للمبادئ والأسس والأصول وليس من المفروض أن يكون تشكيلاً استثنائياً لاتراعى فيه المبادئ والأسس المقررة، ولا يفهم من هذا الاستثناء سوى أن السلطة التنفيذية أريد لها أن تكون لها سلطة وسلطان أوسع في صدد هذا التشكيل⁽¹²⁵⁾.

والحق أنه بالتمعن في نص المادة الخامسة من مواد إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا يتبين للمرء أنه لا يوجد أى استثناء قصد به تقوية سلطان السلطة التنفيذية، إذ يبين أن هدف تلك المادة هو ألا يكون اختيار الأعضاء من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة وبرشح الآخر رئيس المحكمة حيث يتعذر ذلك لعدم وجود جمعية عامة للمحكمة أو رئيس لها بعد عند إجراء أول تشكيل.

الفرع الثالث

ضمانات أعضاء المحكمة

نص قانون المحكمة الدستورية العليا على ضمانات متعددة لأعضائها فقرر أن أعضائها غير قابلين للعزل ولا ينقلون إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم (م ١١)، والجمعية العمومية للمحكمة هي الهيئة المختصة بمحاكمة الأعضاء، وإذا نسب لأحد الأعضاء أمر من شأنه المساس بالثقة أو الاعتبار أو الإخلال الجسيم بواجبات أو مقتضيات وظيفته تولى رئيس المحكمة عرض الأمر على لجنة الشئون الوقتية بالمحكمة التي تقوم بسماع أقوال العضو فإذا قررت أن هناك محلاً للسير في الإجراءات نذبت

أحد أعضائها أو لجنة ثلاثية للتحقيق، ويعتبر العضو المحال إلى التحقيق في أجازة حتمية بمرتب كامل من تاريخ هذا القرار، وبعد انتهاء التحقيق يعرض الأمر على بقية أعضاء الجمعية العامة منعقدة في هيئة محكمة تأديبية لتقوم بسماع أقوال العضو وتحقيق أوجه دفاعه ثم تصدر حكماً غير قابل للطعن بالبراءة أو بإحالة العضو للتقاعد (م١٩)، ويطبق على أعضاء المحكمة الدستورية قواعد عدم الصلاحية والتتبع والرد والمخاصمة التي تطبق على مستشاري محكمة النقض (م١٥)، وأعطى الاختصاص بذلك للمحكمة الدستورية العليا نفسها ولا يقبل رد أو مخاصمة جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم إذا ترتب على ذلك أن يقل عدد الباقين منهم عن سبعة أعضاء.

وتسرى الأحكام الخاصة بتقاعد مستشاري محكمة النقض على أعضاء المحكمة (م١٥)، وتفصل المحكمة بون غيرها في الطلبات الخاصة بالمرتبات والمكافآت والمعاشات بالنسبة لأعضاء المحكمة أو المستحقين عنهم وتفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بآني شأن من شئونهم وكذلك طلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات (م١٦).

ولا يجوز ندب أو إعاره أعضاء المحكمة إلا للأعمال القانونية بالهيئات الدولية أو الدول الأجنبية أو للقيام بمهام علمية (م١٣)، ونصت م١٢ على أنه (.... إذا كان العضو يشغل قبل تعيينه في المحكمة وظيفة يزيد مرتبها أو البدل المقرر لها عما ورد في هذا الجدول^(١٢٦)) فإنه يحتفظ بصفة شخصية بما كان يتقاضاه . وفيما عدا ذلك لا يجوز أن يقرر لأحد الأعضاء مرتب أو بدل بصفة شخصية ولا أن يعامل معاملة استثنائية بأية صورة)، ونصت المادة ١٨ على أنه (.... ينشأ بالمحكمة صندوق تكون له الشخصية الاعتبارية تخصص له النولة الموارد اللازمة لتمويل وكفالة الخدمات الصحية والاجتماعية لأعضاء المحكمة وهيئة المفوضين بها وأسرهـم)، كما أضافت المادة السالفة في فقرتها الأخيرة مايلي (ويصدر بتنظيم الصندوق وإدارته وقواعد الإنفاق منه قرار من رئيس المحكمة بعد موافقة الجمعية العامة). وفيما عدا هذه الضمانات تسرى في شأن أعضاء المحكمة جميع الضمانات والحقوق والواجبات المقررة بالنسبة لمستشاري محكمة النقض وفقا لقانون السلطة القضائية على أن تتولى الجمعية العامة للمحكمة اختصاصات اللجنة المنصوص عليها في المادتين ٩٥ و٩٦ واختصاصات مجلس التأديب المنصوص عليها في المادة ٩٧ من قانون السلطة القضائية (م٢٠) . هذا والمحكمة موازنة مستقلة وأسبغ على الجمعية العامة للمحكمة السلطات المخولة لوزير المالية في القوانين واللوائح بشأن موازنة المحكمة، ويباشر رئيس المحكمة السلطات المقررة لوزير التنمية الإدارية ولرئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة (م٥٦). هذا وقد خولت الجمعية العامة للمحكمة الاختصاص بالنظر في المسائل المتعلقة بنظام المحكمة وأموارها الداخلية وتوزيع الأعمال بين أعضائها وجميع الشئون الخاصة بهم كما يجب أخذ رأيها في مشروعات القوانين المتعلقة بالمحكمة (م٨).

ويرى الدكتور رمزي الشاعر^(١٢٧) أنه يا حذوا لو أعطيت المحكمة الدستورية سلطة لائحية تستطيع بها أن تكمل النقص الموجود في التشريعات المنظمة للمحكمة الدستورية وذلك هو الحال في بعض النظم الدستورية ومنها النظام الإيطالي حيث نص القانون ٨٧ لسنة ١٩٥٢ على تلك السلطة، وتشبه هذه السلطة اللائحية المخولة للمحكمة السلطة المخولة للمجالس النيابية في وضع لوائحها الداخلية ووجه الاختلاف أن السلطة اللائحية للمجالس النيابية مستمدة من نصوص الدستور بينما السلطة اللائحية للمحكمة مستمدة من تشريع عادي - إن تقررت به ، ونحن نوافق سيادته على هذا الرأي تعاماً.

المطلب الثاني

محل الرقابة الدستورية

تمهيد :

قام الدستور بتحديد اختصاصين للمحكمة الدستورية العليا وفوض المشرع في تنظيم هذين الاختصاصين وفي تعيين الاختصاصات الأخرى للمحكمة وتنظيم الإجراءات التي تتبع أمامها.

فنص الدستور في المادة (١٧٥) على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها). وقد صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ونص في المادتين ٢٦.٢٥⁽¹²⁸⁾ منه على اختصاصات المحكمة⁽¹²⁹⁾.

ولما كان البين من الدستور وكذا قانون المحكمة الدستورية العليا أن الرقابة مقصور محلها على القوانين واللوائح ، ولما كان كلاهما متعدد في تنوعه فقد رأينا أن نخصص فرعاً مستقلاً لكليهما، وفي فرع ثالث سنبحث ما لا يصلح محلاً للرقابة الدستورية.

الفرع الأول

القوانين كمحل للرقابة

تختص المحكمة برقابة دستورية كافة⁽¹³⁰⁾ أنواع القوانين سواء تلك العادية التي تصدر تطبيقاً لنص المواد من ١٠٩ إلى ١١٣ من الدستور أو غيرها على التفصيل الآتي :

١ - القوانين المكتملة للدستور :

وهي القوانين التي نصت عليها المادة ٢/١٩٥ من الدستور حيث استلزمت أخذ رأي مجلس الشورى في مشروعاتها.

وإذا كانت تخوم وحدود باقى بنود المادة ١٩٥⁽¹³¹⁾ من الدستور والتي يجب أخذ رأي مجلس الشورى بصدها واضحة لاشية فيها إلا أن الوضع مختلف بالنسبة للقوانين المكتملة للدستور إذ إن هذه العبارة جديدة كل الجودة فريدة في بابها لاتعرفها الدساتير المقارنة، إلا أنها - وحسبما قضت⁽¹³²⁾ به المحكمة الدستورية العليا - تحمل في أعطافها ضوابط تحديد معناها، ذلك أن الدستور من ناحية قد ينص في مادة أو أكثر من مواده على أن موضوعاً معيناً يتعين تنظيمه بقانون أو وفقاً للقانون أو في الحدود التي يبينها القانون بيد أن صدور قانون في هذا النطاق لايدل بالضرورة - ومن ناحية أخرى - على أن أحكامه مكتملة للدستور ذلك أن الموضوع الذي أحال الدستور في تنظيمه إلى القانون، قد لا تكون له طبيعة القواعد الدستورية، وليس له من صلة بها بل يعتبر غريباً عنها وخارجاً بطبيعته عن إطارها ومن ثم لا يكفي لاعتبار تنظيم قانوني معين مكتملاً للدستور أن يصدر إعمالاً لنص في الدستور بل يتعين - فوق هذا - أن تكون أحكامه مرتبطة بقاعدة كلية مما تنظمها الوثائق الدستورية عادة كذلك المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكفل مباشرتها لشئون

العدالة دون تدخل من أية جهة . فالقاعدة المتقدمة - وما جرى على منوالها - مما تحرص الدساتير المختلفة على إدراجها في صلبها، باعتبار أن خلوها منها يجردتها من كل قيمة فإذا ما اتصل بها تنظيم تشريعي قرر الدستور صوره بقانون، أو وفقا للقانون، أو في الحدود التي يبينها القانون ، دل ذلك على أن هذا التنظيم مكمل للدستور، ولا كذلك النصوص التشريعية التي لاتربطها صلة عضوية بتلك القواعد الكلية. فالقانون الذي يصدر إعمالا لنص المادة ١٤ من الدستور محدد أحوال فصل العاملين بغير الطريق التأديبي، والقانون الصادر في شأن العفو الشامل على من تقضى به المادة ١٤٩ من الدستور، أو في شأن تنظيم التعبئة العامة وفقا لنص المادة (١٨١) منه. فالتنظيم التشريعي الصادر في الحدود المتقدمة ، ليس مرتبطا بأية قاعدة من القواعد الدستورية بمعنى الكلمة بل يقتصر هذا التنظيم إلى العنصر الموضوعي الذي يدخل القانون الصادر به في عداد القوانين المكملة للدستور، ولازم ذلك أن شرطين يتعين اجتماعهما معا لاعتبار مشروع قانون معين مكملًا للدستور : (أولهما) أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة في مسألة عينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقا للقانون ، أو في الحدود التي يبينها القانون، أو طبقا للأوضاع التي يقرها فإن هو فعل دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والثقل لايجوز معها أن يعد به إلى أداة أدنى . (ثانيهما) أن يكون هذا التنظيم متصلا بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لاتخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية، والتي يتعين كي يكون التنظيم التشريعي مكملًا لها أن يكون محددًا لمضمونها منفصلا بحكمها مبينا لحدودها، بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازما كأمر مبدئي يجب التحقق من توافره قبل الفصل في أي نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يعد أولا يعد مكملًا للدستور، إلا أنه ليس شرطا كافيا بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك، أن يقوم الشرطان معا متضافرين استيفاء لكل مشروع قانون لارتبطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية ، بل يكون غريبا عنها مقحما عليها، ودلالة اجتماع هذين الشرطين أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور ، والتي يتعين أن يؤخذ فيها رأي مجلس الشورى قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية لايجوز أن يكون شكليا صرفا ولا موضوعيا بحتا، بل قوامه مزاجية بين ملامح شكلية وما ينبغي أن يتصل بها من العناصر الموضوعية.

فإذا تحددت القوانين المكملة للدستور على النحو السالف فإن عدم أخذ رأي مجلس الشورى بصدها يجعلها غير دستورية من الناحية الشكلية، دون أن ينال ذلك من إمكان الطعن عليها لغير هذا السبب، سواء شكلا أو موضوعا .

وكان د/ رمزي الشاعر^(١٣٣) قد رأى أنه مادامت القوانين الأساسية في مرتبة أعلى من القوانين العادية فتكون المحكمة الدستورية مختصة برقابة دستوريته إضافة إلى رقابة ما إذا كانت القوانين العادية قد خالفته من عدمه.

ويستند سيادته فيما سلف إلى نص المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا إذ استخدم المشرع عبارة « إذا تراءى لإحدى المحاكم عدم دستورية نص في قانون» إذ يمكن أن تفسر عدم الدستورية هنا بأنها المخالفة لأحد مصادر القاعدة الدستورية سواء كانت الوثيقة الدستورية ذاتها أو أحد القوانين المكملة للدستور والتي تعبر أسمى من القوانين العادية .

ولا يوافق د/ عمرو بركات^(١٣٤) على الرأي الآنف ويرى أن القوانين المكملة للدستور رغم نص

المادة (٢٩) من الدستور لاتعلو عن القوانين العادية، ومخالفة قانون عادى لها لاتعتبر مخالفة دستورية ولا تخضع من ثم لرقابة المحكمة الدستورية العليا ذلك أن المعيار الرئيسى فى نشوء اختصاص المحكمة الدستورية العليا أو عدم نشوئه هو وجود طعن فى قانون مخالفته لقاعدة من قواعد الدستور وليس لمخالفته لأحد مصادر القاعدة الدستورية، ذلك أن هذه المصادر تمتد لتشمل الوثيقة الدستورية والقوانين الأساسية والعرف ولا يعقل بالتالى أن ينعقد اختصاص المحكمة الدستورية العليا لمخالفة قانون لقانون أساسى أو لقاعدة عرفية دستورية.

ويرى د/ جورجى شفيق - حقا - أن رقابة دستورية التشريعات تستهدف أساسا صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه ، وأن مناط الرقابة هو مخالفة التشريع الطعين لنص دستورى لا لنصوص تشريعية أخرى، فمن ثم يكون المرجع فى مباشرة هذه الرقابة من الناحية الفنية إلى أحكام الدستور القائم لا إلى التشريعات المختلفة أيا كانت مرتبتها وأيا كانت الإجراءات التى تتبع فى إصدارها، إذ هى فى النهاية تشريعات صادرة من المشرع العادى لا المشرع الدستورى (135).

ويؤكد صحة الرأى الأخير خلو أحكام المحكمة الدستورية العليا من الأخذ برأى د/ رمزى الشاعر.

٢ - القوانين الاستثنائية :

يرى د/ سليمان الطماوى (136) أن القانون الذى يقره الشعب عن طريق الاستفتاء يسرى حتى ولو خالف الدستور إذ يعتبر الدستور قد عدل بمقتضى هذا القانون بما يرفع القانون الذى تمت الموافقة عليه بالاستفتاء إلى مرتبة القانون الدستورى ويتعين الأخذ بهذا الحكم دون نص إذ يعتبر الشعب قد كشف عن إرادته صراحة ومن اللازم الخضوع لهذه الإرادة، والحقيقة أن الدستور المصرى قد نص على حق الاستفتاء فى نصوص متعددة والذى تحدث عنه د/ سليمان الطماوى هو الاستفتاء التشريعى وليس الاستفتاء السياسى والمجال التشريعى هو أهم مجالات الاستفتاء وهو الذى يتعلق بقبول أو رفض مشروع قانون يعرض على التصويت الشعبى، ويرى د/ رمزى الشاعر (137) أن الاستفتاء التشريعى لا يضيف حصانة على القوانين التى يتم الاستفتاء عليها ولا يعترض على ذلك بأن الشعب صاحب السلطة التأسيسية فكل ما هنالك أن الشعب قد حل محل المجلس النيابى فى إقرار هذه التشريعات ولا يجب الخلط بين الشعب كسلطة تأسيسية أصلية وبين الشعب كسلطة تشريعية إذ يعتبر الشعب حال قيامه بالاستفتاء سلطة تشريعية يقوم بوظيفته فى إطار القواعد التى حددها الدستور فإن خرج عنها كان تصرفه مشويا بعدم الدستورية . ويسرى هذا القول على الاستفتاء تطبيقا للمادة ٧٤ أو تطبيقا للمادة ١٥٢ من الدستور.

ويرى د/ عمرو بركات (138) أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا ينعقد برقابة دستورية القوانين ولفظ القوانين قد ورد هنا مطلقا بحيث ينصرف إلى كل قاعدة قانونية موضوعية سواء كانت صادرة من مجلس الشعب أو من رئيس الجمهورية بناءً على تفويض أو بدون تفويض أو وافق الشعب عليها فى استفتاء سواء كان هذا الاستفتاء تطبيقا للمادة ٧٤ أو المادة ١٥٢ من الدستور، ومن ثم فإذا وافق الشعب على قانون فى استفتاء تشريعى وكان هذا القانون كله أو بعضه مخالفا للدستور فيجوز الطعن فيه بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ذلك أن الشعب وافق على هذا القانون كقانون عادى وبصفته سلطة تشريعية وليس على أساس أنه قاعدة دستورية أو كسلطة تأسيسية

أصلية. ونحن من جانبنا نؤيد الرأيين الأخيرين ولانوافق على الرأي الأول ونضيف إلى حجج الرأي الأخير القانونية حجة عملية واقعية ، وهى أن القول بالرأي الأول فيه إهدار للنصوص الواردة فى الدساتير الجامدة وتعديلها بغير الطريقة المنصوص عليها بالدستور والمناداة به يؤدى لفتح باب خطير لانتهاك القواعد الدستورية وخاصة فى دول العالم الثالث التى تسيطر فيها السلطة التنفيذية على مقاليد الأمور.

وقد حسمت المحكمة الدستورية العليا الأمر حيث قضت بأن استناد النص المطعون بعدم دستوريته إلى الاستفتاء الشعبى لا يخرج عن رقابة المحكمة الدستورية العليا وذلك عندما دفعت الحكومة بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيسا على أن النص التشريعى المطعون فيه صدر بعد استفتاء شعبى طبقا للمادة ١٥٢ من الدستور، إذ أكدت المحكمة (139) بأن هذا الدفع مردود بأن مانصت عليه المادة ١٥٢ من الدستور من أن (لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا) لا يخرج عن أن يكون ترخيصا لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التى يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية، ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء - الذى رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه - ذريعة إلى إهدار أحكامه ومخالفتها كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت فى الاستفتاء لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التى لا يجوز تعديلها إلا وفقا للإجراءات الخاصة المنصوص عليها فى المادة ١٨٩ من الدستور، وبالتالي لاتصح هذه الموافقة ماقد يشوب النصوص التشريعية المقتنة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعى أدنى مرتبة من الدستور تنقيد بأحكامه وتخضع بالتالى لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية.

هذا فضلا عن أن النص التشريعى المطعون عليه قد صدر فى شأن يتعلق بحق فئة من المواطنين فى مباشرة الحقوق السياسية التى كفلها الدستور والتى ينبغى على السلطة التشريعية ألا تتال منها وإلا وقع عملها مخالفا للدستور.

٣ - القوانين الملغاة :

إن إلغاء القانون لاينال من إمكانية كونه محلا للرقابة وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا فى العديد من أحكامها الحديثة إذ قضت بأن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها لا يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها - وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطلالها مصلحته الشخصية المباشرة، ذلك أن الأصل فى تطبيق القاعدة القانونية هو سريرانها على الوقائع التى تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها ، فإذا استعيز عنها بقاعدة قانونية أخرى فإن القاعدة الجديدة، تسرى من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريران القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من هاتين القاعدتين ، فما نشأ فى ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية وجرت آثارها خلال فترة نفاذها يظل خاضعا لحكمها وحدها(140).

واستنادا لتلك القاعدة إذا سرى القانون الجديد بآثر رجعى بحيث أصبح يحكم المركز القانونى لرافع الدعوى الدستورية فى حالة الدفع أو المستفيد فى الدعوى الموضوعية حالة الإحالة فإن المحكمة

لا بد وأن تنتهى إلى انتفاء المصلحة ومن ثم تقضى بانتهاء الخصومة أو بعدم القبول حسب الأحوال (141).

٤ - المعاهدات الدولية :

وهي عبارة عن اتفاقات تعقدتها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة ويستوى في هذه الاتفاقات أن تكون ذات طبيعة سياسية كمعاهدات الصلح والتحالف أو غير سياسية كمعاهدات التجارة.

وتحدد المراتبة القانونية للمعاهدات الدولية داخل الدول التي تكون أطرافاً فيها وفقاً للقواعد التي تحددها دساتير هذه الدول (142).

وفي مصر نصت المادة (١٥١) من دستور سنة ١٩٧١ على أن « رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان. وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة.

على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة يجب موافقة مجلس الشعب عليها».

والمستفاد مما سلف أن المعاهدة الدولية بعد استيفاء الإجراءات الدستورية والأوضاع المطلوبة لإبرامها والتصديق عليها ونشرها تكون لها قوة القانون لا أكثر، ومن ثم فإنها لاتصل بحال إلى مرتبة النصوص الدستورية ولا تصلح أن تكون مرجعاً للرقابة الدستورية إلا أنها تصلح أن تكون محلاً للرقابة.

وتراقب المحكمة الدستورية العليا مدى دستورية المعاهدة من الناحية الموضوعية بعد التثبت بحكم اللزوم من توافر المتطلبات الشكلية التي استلزمها المادة (١٥١) من الدستور ليكون للاتفاقية قوة القانون وذلك فيما يتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة.

وفي الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ (143) نظرت المحكمة موضوعياً في دستورية اتفاقية تأسيس المصرف العربي الدولي، كما أنها في الدعوى رقم ٥٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٦ كانت قد نظرت أيضاً موضوعياً في اتفاقية التعويضات المبرمة بين الحكومتين المصرية واليونانية ، وقد انتهت فيهما إلى الدستورية، وبعد ذلك عدولا حسناً من المحكمة عن سابق قضائهما في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢١ من أن الاتفاقيات الدولية تندرج تحت أعمال السيادة التي تتحسر عنها الرقابة القضائية ذلك أن المعاهدة قد تتضمن أحكاماً تمس بحقوق المواطن كأن تجرّمه من الالتجاء لقاضيهِ الطبيعي أو تقرر جواز القبض عليه أو اعتقاله بغير مراعاة الوسائل القانونية التي نص عليها الدستور وليس متصوراً تحصين معاهدة تهدر أحكام الدستور من الرقابة الدستورية.

٥ - القوانين التي أقرها المجلس التشريعي رغم بطلان تكوينه:

وتلك تصلح للرقابة إذ إن بطلان تكوين المجلس التشريعي - عند ثبوته - لا ينسحب إلى القوانين التي أقرها ولا إلى القرارات والتدابير التي اتخذتها قبل نشر الحكم ببطلان تكوينه في الجريدة

الرسمية، بل تظل جميعها محمولة على أصلها من الصحة بما مؤدها بقاؤها نافذة معمولاً بها إلى أن تقرر الجهة المختصة دستوريا إلغاء أو تعديلها أو تقضى المحكمة الدستورية بعدم دستورية نصوصها التشريعية إذا كانت المطاعن الموجهة إليها تقوم على وجه آخر غير بطلان المجلس التشريعي في ذاته (144).

٦ - القوانين الصادرة قبل العمل بالدستور الحالي :

إذا كانت أحكام المادة (٩٢) من القانون المدني تقضى بأنه لايجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ، فإن مفاد ذلك أن صدور دستور جديد لا يؤدى لإلغاء النصوص القانونية السابقة المتعارضة معه تلقائياً بالنظر لطبيعة النصوص الدستورية التى لا تشتمل على تنظيمات تفصيلية ومسهية مما يؤدى إلى عدم تصور تعارضها الصريح مع نص تشريعي ، ولكن الأغلب الأعم بالنسبة لتعارض القوانين مع الدستور أن يتضمن القانون نصوصاً مغايرة للأهداف التى رسمها وحددها الدستور وهنا لا يمكن القول بالإلغاء الضمنى إذ إنه يفترض أن كلا النصين الناسخ والمنسوخ فى مرتبة تشريعية واحدة وهو الأمر غير المتحقق بالنسبة للقوانين والدستور (145).

ولا يمكن القول باستمرار القوانين المخالفة للدستور القائم بمقولة أنها صدرت سليمة قبل صدور ذلك الدستور إذ إن ذلك مردود عليه بأن الرقابة الدستورية تهدف إلى حماية الدستور القائم بغض النظر عن تاريخ إصدارها، ولايجوز أيضاً التقرير بسقوطها تلقائياً حتى لا يحدث فراغ تشريعي (146).

الفرع الثانى

اللوائح كمحل للرقابة

تختص المحكمة الدستورية العليا أيضاً برقابة دستورية اللوائح، والتى تنقسم الى لوائح عادية وأخرى استثنائية، والأولى يستلزمها السير العادى للإدارة ، أى أنها من مستلزمات الوظيفة الادارية ، وهى اللوائح التنفيذية واللوائح المسقلة ، وتشتمل الأخيرة على اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط.

أما اللوائح الاستثنائية فتصدر فى أحوال الضرورة ولا تعتبر من مستلزمات الوظيفة الإدارية وهى لوائح الضرورة واللوائح التفويضية (147).

وكان البعض قد ذهب إبان المحكمة العليا إلى أن اختصاصها مقصور على اللوائح التى لها قوة القانون، أى اللوائح الاستثنائية ولا يمكن التقرير بذلك بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا، إذ نص الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا على اختصاص المحكمة برقابة دستورية القوانين واللوائح وقد ورد لفظ اللوائح مطلقاً فلا يمكن تقييده ، ولا اجتهاد مع (148) صراحة النص ودليل قصد المشرع إطلاق رقابة دستورية اللوائح أنه عند تناوله لرقابة التفسير قصر سلطة المحكمة الدستورية بشأنها على القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور.

ويرى د/ رمزي الشاعر (149) أنه لا داعى للمغايرة بين اختصاص المحكمة فى مجال دستورية اللوائح عنه فى مجال التفسير .

ونحن من جانبنا نؤيد سيادته فيما ذهب اليه ونرى أن المسألة تحكم تشريعي وليس دستوري إذ تنص المادة (١٧٥) من الدستور على أن المحكمة تتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين بالقانون، ومن ثم لا يمكن أن يوجه عيب دستوري إلى المشرع عندما غاير بين الدستورية والتفسير بصدد اللوائح فاطلق رقابة دستورية اللوائح وقيد من تفسيرها وإنما يمكن أن يقال أن المشرع لم يحسن السياسة التشريعية ومن ثم لامطعن دستوري على مسلكه، وقد تخالف اللائحة الدستور مباشرة وهنا يتعلق الأمر بعدم دستورية اللائحة، إلا أنه قد يتوسط القانون بين اللائحة والدستور ، وهنا إذا خالفت اللائحة القانون فالمسألة تتعلق بشرعية اللائحة حتى ولو كان هناك مخالفة للدستور في ذات الوقت، ومرجع ذلك أن عيب عدم الدستورية احتياطي بالنسبة لعيب عدم المشروعية.

وإذا وجد القاضى أن اللائحة تخالف القانون وجب عليه أن يبحث مشروعيتها ولا يحيل الأمر الى المحكمة الدستورية العليا، حتى لو اكتشف مخالفتها للدستور أيضا إضافة للقانون . هذا وتوجد أمثلة عملية عديدة لتعارض اللائحة مع القانون (150) .

وغالبا ماتخالف اللائحة الدستور من الناحية الشكلية (الشكل والاختصاص) أما المخالفة الموضوعية فتكون غالبا للقانون الذى تصدر اللائحة طبقا له ونادرا ماتكون المخالفة الموضوعية للدستور نظرا لندرة القواعد الموضوعية التى يقيد بها الدستور السلطات العامة عند وضع اللائحة (151).

وقد أفصحت المحكمة الدستورية العليا سبب شمول رقابتها للوائح إضافة للقوانين بتقريرها أنه « إذا كان الدستور هو القانون الأعلى الذى يرسم الأصول والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لحركتها، ويقرر الحقوق والحريات العامة ويرتب ضماناتها الأساسية، وكانت مظنة الخروج على أحكامه لانتحصر فى النصوص القانونية التى تقرها السلطة التشريعية، بل تتعداها إلى كل قاعدة عامة مجردة أصدرتها السلطة التنفيذية فى حدود صلاحياتها التى ناطها الدستور بها، فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية يتمثل فى القانون بمعناه الموضوعى الأعم محددًا على ضوء النصوص التشريعية التى تتول عنها مراكز قانونية عامة مجردة ، سواء وردت هذه النصوص فى التشريعات الأصلية أو الفرعية (152) .

وهكذا فإن محل الرقابة القضائية الدستورية يتمثل فى القانون بمعناه الموضوعى الأعم على ضوء النصوص التشريعية التى تتول عنها مراكز قانونية عامة مجردة سواء كانت التشريعات أصلية أم فرعية.

الفرع الثالث

ملايصلح محلا للرقابة

١ - القرارات المنقطة الصلة بالأعمال التشريعية :

إذا انتفى عن العمل المطعون فيه صفة التشريع الأصلي أو الفرعى فلايصلح محلا للرقابة لذا قضت المحكمة الدستورية العليا بانحسار اختصاصها الولائي بالفصل فى دستورية النصوص التشريعية ، فلا اختصاص لها فى الطعن على قرار مجلس إدارة شركة مدعى عليه فى طعن أمامها بحسبان أنه لايعتبر صادرا عن جهة إدارية تباشر وظيفتها بوصفها سلطة عامة، ذلك أن شركة القطاع العام تعد من أشخاص القانون الخاص، ويعتبر نشاطها واقعا فى منطقة هذا القانون ، وعلاقتها بالعاملين بها لاتعتبر علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح بل هى علاقة عمل تنظمها أصلا الشروط المتعاقد عليها وتسرى عليها قواعد القانون الخاص ابتداء وانتهاء ، بون إخلال بالنظم التى قد يفرضها المشرع فى مجالها تحديدا لبعض جوانبها . ومن ثم لاتتمخض المنازعة فى شأن رواتبهم ومكافآتهم عن منازعة إدارية ، بل هى منازعة مدنية فى طبيعتها ذلك أن القرار المطعون فيه - وقد صدر عن أحد أشخاص القانون الخاص ولتنظيم مسأله من مسائل هذا القانون - لايعد قرارا إداريا، ولو تضمن تنظيميا عاما يسرى على العاملين فى الشركة جميعهم ، ولاتتولد عن هذا القرار بالتالى أية قاعدة عامة مجردة مما تتناوله الرقابة القضائية على الدستورية التى تباشرها هذه المحكمة وفقا للدستور وطبقا لقانونها. إذ يعتبر هذا القرار منقطع الصلة بالأعمال التشريعية (153).

وإذا كانت ولاية الدستورية للمحكمة الدستورية العليا تنحصر من القرار الآنف لأنه لايعد أصلا قرارا إداريا حتى يمكن بحث ما إذا كان يمكن اعتباره تشريعا فرعيا من عدمه فإن ذلك مقتضاه أيضا استبعاد القرارات الإدارية الفردية إذ لاتمتد إليها رقابة الدستورية مهما بلغ خطرها أو درجة انحرافها عن أحكام الدستور وأوجه خروجها عليها- ذلك أن تلك القرارات التى لاتتولد عنها إلا مراكز فردية أو خاصة تقتصر آثارها على أشخاص معينين بذواتهم وأنه لوصح القول بأن القرارات الإدارية الفردية هى تطبيق لقاعدة قانونية أعلى، إلا أن صورها إعمالا لها لايفير من خصائصها بل تظل فى محتواها منشئة لمراكز فردية أو ذاتية أو معدلة لها، وهى مراكز تختلف بالضرورة عن ذلك المركز القانونى العام المجرد المتولد عن القانون (154).

وفى قضية أخرى كان محلها الطعن على قرار الجمعية العمومية لمحكمة شبين الكوم بجعل رئيس أحد دوائرها مسيحى الأمر الذى اعتبره مقدم الدفع مخالفا لمبادئ الشريعة الإسلامية التى تنص المادة الثانية من الدستور على أنها المصدر الرئيسى للتشريع بالنظر لأنه يندرج تحت هذه المبادئ قاعدة عدم ولاية غير المسلم على المسلم، ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه أيا كان وجه الرأى فى مخالفة قرارات توزيع العمل فيما بين الدوائر المختلفة للدستور فإنها لاتعتبر فى محتواها ولا بالنظر إلى الآثار التى ترتبها تشريعا أصليا أو فرعيا، إذ لاتغزو المراكز القانونية التى تنشئها أو تعدلها أو تلغيها، أن تكون مراكز فردية أو ذاتية يقتصر مجال سريانها على أشخاص معينين بذواتهم هم هؤلاء القضاة الذين تم توزيع العمل القضائى فيما بينهم تنظيميا لسيره وضمانا لاستقامته ، لتفقد بذلك خصائص الأعمال التشريعية التى تمتد إليها الرقابة الدستورية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن النصوص القانونية التى تضمها هذه الأعمال، هى وحدها التى

تتولد منها - وبالنظر إلى عموميتها وتجربتها - مراكز قانونية تنظيمية عامة من طبيعتها (155).

٢ - الأعمال البرلمانية

سبق عرض فكرتها تفصيلا في موضع آخر نحيل إليه منعا من التكرار وهي إجمالا وفقا للمعيار الشكلي بالمعنى الواسع الذي نؤيده كافة الأعمال التي لاتعد تشريعا أى التي لاتصدر وفقا للشكل والاجراءات التي حددها الدستور لصدور التشريع وهذه لاتصلح محلا للرقابة، ومثالها قرارات إسقاط العضوية عن أعضاء مجلس الشعب في حالة فقدان الثقة أو الاعتبار أو فقدان أحد شروط العضوية أو صفة العامل أو الفلاح التي انتخب العضو على أساسها أو في حالة الإخلال بواجبات العضوية، وكذا القرار الذي يصدره المجلس ببطان عضوية من تثبت عدم صحة عضويته من أعضاء المجلس، وإذا لم يتبع في اللائحة الداخلية البرلمانية الأشكال والإجراءات التي حددها الدستور لصدور القانون فهنا تعد عملا برلمانيا لايصلح محلا للرقابة.

٣ - الأعمال الإدارية للبرلمان

سبق استعراضها أيضا على نحو تفصيلي في الباب التمهيدي من هذه الرسالة وهي لاتصلح محلا للطعن بعدم الدستورية عدا مايكون منها قرارا إداريا تنظيميا يتصف بالعمومية والتجريد. ولاختل أن اللائحة التي يصدرها المجلس التشريعي والمنظمة لعلاقته بموظفيه وعماله لاختلف عن القرارات الإدارية التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية في شأن العاملين بهما ومن ثم يصلح الجميع كمحل لرقابة الدستورية .

٤ - الدستور وكذا إجراءات إصداره وتعديله لاتصلح محلا للرقابة ؛

لايندرج الدستور في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها في نطاق ولايتها المنصوص عليها في صدر المادة ٢٩ من قانونها، ذلك أن الدستور مظهر الإرادة الشعبية ونتائجها في تجمعاتها المختلفة المترامنة على امتداد النطاق الإقليمي للدولة ، ولايعدو تبنيها للدستور أن يكون توكيدا لعزمها على أن تصوغ الدولة بمختلف تنظيماتها - تصرفاتها وأعمالها وفق أحكامها، باعتباره قاعدة لنظام الحكم فيها، وإطارا ملزما لحقوق الجماهير وحرياتنا، عمادا للحياة الدستورية بكل أقطارها ، وهو بذلك ضابط لها يحدد ملامحها ويقيم بنيانها وفق قواعد جامدة لايجوز تعديلها باتباع الأوضاع الإجرائية التي تعدل بها القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، بل وفق قواعد شكلية معقدة مترزمة هي تلك المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور.

وإذا كان الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا قد قصرا ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال مراقبة الشرعية الدستورية على النصوص القانونية دون غيرها سواء تلك التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها الدستورية، فإن قاله إخضاع الدستور لهذه الرقابة، تكون مجاوزة حدود هذه الولاية ، مقوضة لتخومها(156).

وتأخذ تعديلات الدستور ذات الحكم الآنف فلا تصلح هي ولا إجراءات إصداره كمحل للرقابة وقد أكدت المحكمة العليا « الدستورية » هذا المعنى عندما قضت بأن مايثار من طعن في دستور سنة ١٩٥٨ وفي دستور سنة ١٩٦٤ وفي إجراءات إصدارهما وما انطوى عليه هذان الدستوران من تحديد أو إغفال تحديد مدة رئاسة الجمهورية يتناول مسائل سياسية لايدخل النظر فيها أو التعقيب عليها

فى ولاية المحكمة العليا التى يقتصر اختصاصها فى شأن رقابة الدستورية على الفصل فى دستورية القوانين⁽¹⁵⁷⁾.

كما قضت المحكمة المذكورة فى حكم آخر بأن إثارة المطاعن حول إجراءات إصدار الدساتير وما انطوت عليه من أحكام تتناول مسائل سياسية لا يدخل النظر فيها أو التعقيب عليها فى ولاية المحكمة العليا التى يقتصر اختصاصها فى شأن رقابة الدستورية على الفصل فى دستورية القوانين وفقاً لما تقتضى به المادة الأولى من قانون إنشائها، وعلى مقتضى ما تقدم فإن ما يثيره المدعى من مطاعن فى إجراءات إصدار الإعلانين الدستوريين الصادرين فى ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٥٢ و ١٠ من فبراير سنة ١٩٥٢ والدستور المؤقت الصادر فى ٥ من مارس سنة ١٩٥٨ وما انطوت عليه من أحكام ، إنما يعتبر من المسائل السياسية التى يجاوز نظرها والتعقيب عليها اختصاص المحكمة⁽¹⁵⁸⁾،⁽¹⁵⁹⁾.

هذا ونرى ضرورة إخضاع التعديلات الدستورية للرقابة الدستورية من حيث مدى توافر الشروط الشكلية التى استلزمها الدستور، وقد نادى بذات هذا رأى بعض الشراح فى إيطاليا استناداً إلى أن تلك التعديلات تصبح من هيئة تأسيسية استناداً لنصوص الدستور⁽¹⁶⁰⁾.

هوامش الباب الأول

- (1) راجع : James Bradley Thayer, 7 Harverd Law Review, 1893, p. 129, 152.
- (2) راجع : Louis Fisher, Constitutional Structures, Volume 1 of American Constitutional Law, McGraw - Hill Publishing Company , 1990, p. 41.s.
- (3) ونصت عبارته حرفيا :
" I do not think the United States would come to an end if the Supreme Court lost its power to declare an act of congress void.
I do think the union would be imperilted if we could not make that declaration as to the laws of the several states"
- راجع في ذلك :
Collected Legal Papers, 1920, p. 295 - 296 .
- (4) راجع : Edward S. Corwin, the Doctrine of Judicial Review ,1914, p.30.
- (5) راجع : Louis Fisher, Constitutional Structures, Op. cit. p 43.
- (6) راجع : W. Blackstone, Commentaries, Book One, (Oxford), 1775, p. 91.
- (7) راجع : Charles Grove Haines, the American Doctrine of Judicial Supremacy 1932, p. 88 - 120.
- (8) راجع : Leonard DE Levy, Judicial Review and the Supreme Court, 1967, p.3-4.
- (9) انظر في مساندة رقابة الدستورية
Charles A. Beard, The Supreme Court and the Constitution ,1912. and Raoul Berger, Congress v. the Supreme Court ,1969. Critics include Louis B Boudin, Government by Judiciary ,1932. and Wiliam W. Crosskey , Politics and the Constitution ,1953.
- (10) راجع : 5Writings of James Madison, 1904, Hunt ed.,p.294 .
- (11) راجع : Hamilton's Federalist No. 78 p. 59-60.
- (12) راجع : Annals of Congress, June 8 (1789), p. 439.
- (13) راجع : 3 Annals of Congress 1778 - 1779 (February 4, 1791).
- (14) راجع : H. Storing, What the Antifederalists Were For. (1981).
- (15) راجع : Montesquieu, The Spirit of Laws, (special edition 1984) p.1751.
- وفي التفاصيل راجع
Geoffry R. Stone and others, Constitutional Law, Little Brown and Company, 1991, 2ad ed., p. 5 - 7.
- (16) راجع : Ronald Kahn, The Supreme Court as a Counter Majoritarian,1
Detroit College of Law Review,1994 , p.7-8.
- (17) راجع في استعراض وقائع الحكم تفصيلا وحجج مارشال ونقد مسلكه في القضية ونقد حججه ، رسالة د/كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر ، مكتبة النهضة العربية ، ١٩٦٠ ، ص ٤٠-٤٢.
- وفي ذلك أيضا :
Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, The Supreme Court And the Attitudinal Model, Cambridge University Press, 1993, p. 14-17.
- (18) تنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور الأمريكي على أنه " ستعتمد السلطة القضائية إلى جميع القضايا ،

طبقا للمعدل والقانون ، والتي تنشأ في ظل هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات التي أبرمت أو ستبرم طبقا لسلطاتها وإلى جميع القضايا المتعلقة بالسفراء = والوزراء العموميين الآخرين والقناصل، وإلى جميع القضايا الداخلة في اختصاص الإمبرالية والبحرية وإلى المنازعات التي ستكون الولايات المتحدة طرفاً فيها - وإلى المنازعات بين ولايتين أو أكثر ، وبين ولاية ومواطني ولاية أخرى ، وبين مواطنين لولايات مختلفة ، وبين مواطني الولاية الواحدة الذين يدعون ملكية أراضٍ بموجب منح صادرة من ولايات أخرى وبين ولاية أو مواطنيها ، وبول أجنبية أو مواطني دول أجنبية أو رعايا أجانب، وفي جميع القضايا التي تختص بالسفراء والوزراء العموميين والقناصل ، وتلك التي تكون إحدى الولايات طرفاً فيها ، ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الأصلية . وفي جميع القضايا الأخرى التي ذكرت من قبل ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الاستثنائية ، سواء من ناحية القانون أو ناحية الوقائع مع مراعاة ما قد يضعه الكونجرس من استثناءات أو قواعد.

راجع في ذلك الترجمة العربية للدستور الأمريكي بملحق كتاب قضايا دستورية ، ترجمة المستشار ياقوت العشماوي ، دار المعارف ، ١٩٨٨.

(19) راجع : Bickel.A.The Least Dangerous Branch , 1962,p.16.

(20) راجع : United States v. Butler, 297 U.S 1, (1936).

(21) راجع : Bickel .A.The Least Dangerous Branch, 1962,p. 26.

(22) انظر في هذا المعنى Ackerman, Discovering the Constitution, 93, Yale L.J. 1013,1023, 1049 (1984).

(23) انظر Brest, The Conscientious Legislators Guide to Constitutional Interpretation, 27 Stan. L.Rev. 585 (1975).

(24) راجع : Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Op. cit., p. 38

(25) راجع : Home Building & Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398, 442-443 (1934).

(26) انظر : Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Op.cit., p. 39.

(27) ينص التعديل التاسع على أن ذكر حقوق معينة في الدستور لن يفسر على نحو ينكر أو ينتقص من الحقوق الأخرى التي يحتفظ بها الشعب.

(28) راجع : Donald E. Lively, Judicial Review and the Consent of the Governed, McFarland and Company, Inc. ed. 1990, p. 1-3.

(29) راجع : Christopher E. Smith, Politics in Constitutional Law, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1992, p. 39 - 42.

(30) راجع : Lawrence Baum, The Supreme Court, 2nd.ed.,CQ. press,1985,p. 27. s.

(31) راجع : Henry J. Abraham and Bruce Allen Murphy, The Influence of Sitting and Retired Justices on Presidential Supreme Court Nominations.

(32) راجع : Hastings Constitutional Law Quarterly 3 (Winter 1976) p.37- 63.

(33) راجع : Abraham and Murphy, Influence of Sitting and Retired Justices , Newsweek, July 20, 1981, p. 17.

(34) راجع : Felix overplayed his hand.

(35) راجع : William O. Douglas, Go East , Young Man, The Early Years . New York , Random House , 1974 , p.332.

(36) راجع : Henry.J.Abraham, Justices and Presidents, A Political History of Appointment to the Supreme Court, 2nd. ed., New York, Oxford

(37) راجع : University Press, 1985, p. 71 - 72.

(38) راجع : Greenwood , "An Essential Safeguard.: وهو عبارة عن مقالات جمعها "جيرير ستيفنسون الابن" , Press , ١٩٩١ , ص ٢٨ - ٢٩ .

(39) راجع : Robert Scigliano, The Supreme Court and the Presidency, New York Free Press, 1971, p. 107 - 108.

(40) راجع : "An Essential Safeguard" المرجع السابق، ص ٤٢-٤٤.

(38) هناك إحصائية تؤكد هذا المعنى وردت بكتاب.

David W. Rohde and Harold J. Spaeth, Supreme Court Decision Making, San Francisco, W.H. Freeman & Company 1976, p. 107-109.

(39) Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit. , 1985, p 40-41.

(40) راجع كتاب: "An Essential Safeguard", المرجع السابق، ص ٤٦-٤٧.

(41) ونص عبارته حرفياً:

see how a man could be on the court and not change his view substantially.

وقد وردت هذه العبارة في ملاحظة أباها رئيس القضاة إيرل وارن إلى المدعو Lewis Antony في مقالة بعنوان: "حديث مع وارن عن الجريمة والحكمة والدولة" نشرت بمجلة نيويورك تايمز في ١٩ أكتوبر ١٩٦٩، ص ١٧٨، -١٢٩.

(42) راجع

Lou Cannon, Regan Pledges Would Name a Woman to the Supreme Court, Washington Post, October 15, 1980, : A. 6

(43) راجع في تفاصيل المثال الأول والثلاثي:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit. , p. 49-51.

(44) راجع ما كتبه بورك بعنوان:

Some First Amendment Problems, 47 Ind. L. J. 1, 1971.

(45) راجع في التفاصيل:

Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Op. cit. p. 75-76.

(46) راجع:

Sheldon Goldman and Thomas P. Jahng, The Federal Courts as a Political System, 2nd. ed, New York, Harper & Row, 1976, p. 67

(47) راجع في التفاصيل:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit. , p 57-59.

(48) يلاحظ أنه نظراً لغموض بعض الأحكام الدستورية، ولأن القوانين يمكن تصنيفها بطرق متعددة فقد حدث خلاف في الإحصاءات المبينة للقوانين المقتضى بعدم دستوريته سواء الفيدرالية أو تلك الصادرة عن الولايات. راجع في ذلك.

The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation, Washington D.C., Government Printing Office, 1973 and 1982.

(49) راجع:

Scott v. Sandford, (1857) ; Hammer v. Dagenhart (1918); Bailey v. Drexel Furniture Co. (1922); United States v. Butler (1936).

(50) راجع في ذلك:

The Supreme Court: Justice and the Law, 3 rd. ed. Washington, D.C. Congressional Quarterly Inc. 1983, p. 159-164.

(51) راجع في التفاصيل:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit. , p 169-170.

(52) راجع هذه الإحصائية بكتاب:

Glendon A. Schubert, Jr. The Presidency in the Courts, Minneapolis : University of Minnesota Press, 1957, p. 354-365.

(53) انظر في تفاصيل الخلاف. د/ محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص ١٥٩-١٦٢، د/ رمزي الشاعر النظرية العامة للقانون الدستوري المرجع السابق ص ٥١٩ وما بعدها، د/ سمعان الشرفاوي، د/ عبد الله ناصف، أسس القانون الدستوري وشرح النظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، ص ١٧٨ وما بعدها.

(54) انظر في آراء الفقهاء المؤيدين لرقابة القضاء د/ عبد الحميد متولى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٥٧٨، د/ السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري الطبعة الرابعة، مكتبة عبد الله وهبة، سنة ١٩٤٩ ص ٦٤٦ وما بعدها.

(55) راجع بحث رقابة القضاء للدستورية القوانين للمستشار السيد على السيد بمجلة مجلس الدولة السنة الأولى يناير ١٩٥٠، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ص ٧٢-٧٣.

(56) ذهب لهذا الاتجاه الدكتوران وحيد رافت وإبراهيم في مؤلفهما عن القانون الدستوري سنة ١٩٣٧ ص ١٥٠، ١٤.

(57) ع / على حسين نجيدة، الرقابة على دستورية القوانين (الحكمة الدستورية العليا طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها) - دار الفكر العربي ، بدون سنة نشر، ص ٩.

(58) راجع رسالة د/ كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص ٥٦٣.

(59) د/ عبد الحميد متولى، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٥٧٩.

(60) راجع د/ السيد صبري ، مبادئ القانون الدستوري ، المرجع السابق، ص ٦٥٩، بحث د/ عبد السلام نهني المنشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الأولى يناير ١٩٥٠، ص ٨٩.

(61) راجع بحث د/ عبد السلام نهني، المرجع السابق، ص ٩٠.

(62) راجع د/ السيد صبري، المرجع السابق، ص ٦٦٢-٦٦٤.

(63) راجع الحكم بمجلة الحاماة أعداد إبريل ومايو ويونيو ١٩٤٢ من ٧٣٥ وما بعدها و/ السيد صبري المرجع السابق ص ٦٦٤-٦٦٦ ورسالة دستورية القوانين المذكور على الباز هامش ص ٤٩١-٤٩٠.

(64) ورد بحيثيات الحكم ما يلي (وحيث إن الآراء تضاربت فيما إذا كان للمحاكم الحق في بحث دستورية القوانين أو أنها ممنوعة من ذلك والمائلون بالنسبة يزعمون أن الإبلجة تجعل السلطة القضائية مهيمية على السلطة التشريعية ورقبية على أعمالها ويستندون في دعم رأيهم هذا على المادة الخامسة عشرة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التي تمنح المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها وحيث إن النظام الدستوري يقوم على مبدأ فصل السلطات الثلاث من تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها وحيث إن الآراء فلكل واحدة منها تمام السيادة في حدود اختصاصها إلا أنها جميعا مقيدة بالدستور الذي أوجدها ومنه تستمد سلطاتها وليس لها أن تخرج عليه أو أن تعارضه طبقا للمادة الثالثة والعشرون التي تنص على أن جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور فإذا اعتدت السلطة التشريعية على أحكامه فليس لها أن تجبر السلطة القضائية على الاشتراك معها في هذا الاعتداء مادامت هذه بدورها مستقلة في حدود اختصاصها، والقاضي مختص بإيجاد الحل القانوني للمنازعات المطروحة عليه وهو مقيد في حكمه بقوانين البلاد العادية كما أنه مقيد أيضا بالقانون الأساسي للدولة وهو أسمى القوانين جميعا، فإذا ما تعارض القانون العادي مع الدستور فواجب القاضي في هذه الحالة يقضي عليه بترجيح النص الدستوري على القانون العادي وتطبيق الأول وإهمال الثاني ولا يخرج بذلك عن اختصاصه فهو لا يلقى القانون وإنما يطبق القانون الأعلى الواجب التطبيق ثم لا يفتات على السلطة التشريعية وإنما يقوم بوظيفته القانونية التي تتطلب منه أن يبين القانون الواجب التطبيق في النزاع المطروح أمامه، ويتبين مما تقدم أن مبدأ فصل السلطات لا يمنع المحاكم من بحث دستورية القوانين بل ربما كان الأخذ بهذا الرأي نتيجة حتمية وطبيعة منطقية كما قال بارتملي - وحيث - لمبدأ فصل السلطات إذ يستحيل على السلطة القضائية أن تحافظ على استقلالها إلا إذا اقتنعت بأن القانون الذي سنطه هو قانون صحيح ومستوف لشروط القانون الدستوري، وهو بذلك المثل الأكبر لضمان الحريات الشخصية - فحيث إن المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية لا تصلح أساسا لتدعيم الرأي القائل بمنع المحاكم من الفصل في دستورية القوانين لأن هذه المادة تنبع للمحاكم البحث في مشروعية الأوامر الإدارية فهي تنبئ له بطريق القياس هذا الحق بالنسبة لدستورية القوانين - وهي على كل حال خالية من أي نص يمنع المحاكم من استعمال هذا الحق الألفج وكما في فيها أنها تحظر على المحاكم تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها ولكنها في الوقت نفسه تخلوها السلطة في تعويض المضرور من تنفيذ هذه الأعمال المخالفة للقانون. وقد اتجهت المحاكم إلى التحلل من هذا الحظر فقصت محكمة مصر المستعجلة بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٢٨ في قضية مزرعة الجبل الأخضر (مجلة الحاماة ج ١٩ ص ٥٧) أن العمل الإداري الذي لا تشوبه شائبة من إحدى نواحيه القانونية هو الذي يستفيد وحده من الحصانة الإدارية المقررة بالمادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم فلا يقبل نقدا قضائيا ولا يؤول منعه أو يوقف تنفيذه بطريق مباشر أو غير مباشر، أما العمل الإداري غير الحقيقي أي العمل الاستبدادي فإنه يخرج في هذه الحالة عن حظيرة الأعمال الإدارية وهو عمل باطل لا تحمي مطلقا الحصانة الإدارية وتشري على أصول القانون من الوجهة العامة فيجوز إغازه أو إيقاف تنفيذه واستخدام الوسائل القانونية المعروفة لتعطيله، كحالة ما إذا كان قد جاء مخالفا للقانون مخالفة صارخة في جميع نواحيه نصا وغرضا جاز للفرد المضار الانتجاع إلى المحاكم القضائية في هذه الحالة للحكم بإلغاء العمل الإداري باعتباره تعديا والمطلوبة دون نقاده، والحظر المشار إليه قاصر على الأوامر الإدارية لأسباب تتعلق بحسن سير الإدارة الحكومية فلا يتعداها إلى القوانين لعدم النص ولانعدام للقتضي. وللمحاكم - إذا اقتنعت في بحثها بعدم دستورية أي قانون - ألا تتقيد به وأن تطبق النص الدستوري دونه وليس في القانون ما يحول بينها وبين استعمال هذا الحق، وحيث إنه يستخلص مما تقدم أن للمحاكم مطلق الحرية في بحث دستورية القانون المطلوب منها تطبيقه وإذا اقتنعت بمخالفته لأحكام الدستور شكلا وموضوعا فلها أن تمتنع عن تطبيقه على النزاع المطروح أمامها).

(65) راجع في نقد الحكم الاستثنائي، د السيد صبري المرجع السابق، ص ٦٦٩-٦٧٠، د/ عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق ص ٥٩٤-٥٩٥.

(66) راجع بحث د/ عبد السلام زعني، المرجع السابق، ص ٩٣-٩٢.

(67) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في القضية ٦٥ لسنة ١٩٤٨/٢/١٠ أو الصادر في ١٩٤٨/٢/١٠ ورد بحيثيات الحكم كاملة د/ السيد صبري ، المرجع السابق، هامش ص ٦٧١-٦٧٤.

- وفي شرح حجج هذا الحكم د/ فؤاد الطائر القضاء الإداري ، دار النهضة ١٩٦٦، ١٩٦٧ من ١٢٦-١٢٦ ، د/ محمد عبد الطيف إجراءات القضاء الدستوري ١٩٨٩ ص ٤٢، د رمزي الشاعر المرجع السابق ص ٥٦٦-٥٦٧.

(68) يلاحظ أن هذا الحكم سابق على حكم الجنائيات للخطط سالف الإشارة إليه إذ إن الأخير صدر في ١/ ١٢/ ١٩٤٨ وكان يجب عليه أن يحتذى بالأول والذي سبقه بعمدة أشهر فقط، ولعل سبب الإغفال الذي حدث يرجع إلى عدم نشر حكم مجلس الدولة في حينه نشرنا علنيا يعلم به الخاص والعام والاختلاف في كون ذلك تقصيرا أو شك فيه ممن اتصلوا بهذا الحكم وضعا أو دفاعا أو تحضيرا.

(69) راجع بحث المستشار السيد على السيد بمجلة مجلس الدولة السنة الأولى، يناير ١٩٥٠ ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ص ٧٦-٧٧.

(70) راجع رسالة د/ أحمد كمال أبو الجعد، المرجع السابق ص ٥٥٧ .

(71) راجع الحكم بمجموعة أحكام محكمة النقض الثالثة العدد الثاني ص ٤٨١ وأيضا حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٥٦/٢/٢١ في الطعن الجنائي رقم ٧٢٧ لسنة ٢٥٠ لسنة السابعة ص ٢١٩، وراجع المزيد من الأحكام في هذا الصدد الموسوعة الزعمية للقواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصرية - منذ إنشائها عام ١٩٣١ - الإصدار الجنائي الجزء السابع عام ١٩٨١ ص ٢٦٦.

- (72) راجع د/ عبد العظيم عبد السلام المرجع السابق ص ١٨٩. راجع أيضا مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري التالية والتي أقرت الحق في رقابة دستورية القوانين.
- ١٦٦ لسنة ٢٩ جلسة ١٩٥٠/٤/١٨. ١٠٠ لسنة ٢٦ جلسة ١٩٥٢/٢/٢١. ١٠٩ لسنة ٢١٧ جلسة ١٩٥٧/٢/٥.
- مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاما، ص ٩٧٨-٩٨٣.
- (73) حكم ٢٠ يونيو ١٩٥٢ قضية رقم ٤٨ لسنة ٣ قضائية المجموعة السادسة ص ٦٦٦.
- (74) الحكم الصادر في ٢٠ يونيو سنة ١٩٥٢ - المرجع السابق.
- (75) راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٥ مارس ١٩٥٤ في القضية رقم ٦٦٦ لسنة ٢٧ المجموعة الثامنة ص ٦٦٩.
- (76) راجع حكم ٢٠ يناير ١٩٥٧ في القضية ٩٩٩ لسنة ٨ قضائية المجموعة الحادية عشر ص ١٩٠.
- (77) راجع حكم الإدارية العليا بتاريخ ١٢/١٢/١٩٥٨ لسنة ٢ قضائية مجموعة المكتب الفني السنة الثالثة ص ١٦٩١ وقد ترجعت المحكمة في ذات الحكم عن تقرير عدم الدستورية رغم وضوحها.
- (78) راجع حكم الإدارية العليا في ١١/٤/١٩٦٤ في الطعن (١١٩٨) لسنة ٩ قضائية عليا، العدد الثاني ص ٩٣٠.
- (79) قضية رقم ١٧٨٩ لسنة ٢ في ٨/١/١٩٥٧ قضائية، المجموعة الثانية، العدد الثالث، ص ١١١٥.
- (80) قضية رقم ٦٦٦ لسنة ٣ قضائية في ٢٩/١/١٩٥٧، المجموعة الثانية، العدد الثالث، ص ١٣٣٥.
- (81) قضية رقم ٢٢٩ لسنة ٣ قضائية في ١٢/١/١٩٥٨، المجموعة الثالثة، العدد الثالث، ص ١٦٩٩.
- (82) راجع رسالة د/ أحمد كمال أبو الجيد، المرجع السابق، ص ٦٠٨-٦١٠، د/ عزيزة الشریف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبعة الفيصل الكويت، ١٩٩٠، ص ٢٧٠-٢٧١.
- (83) راجع الحكم المشار إليه سلفا والصادر في ١ يونيو ١٩٥٧ (الحكم الأول).
- (84) راجع الحكم الصادر في ٢٩ يونيو ١٩٥٧ المشار إليه (الحكم الثاني).
- (85) راجع الحكم الثاني المشار إليه.
- (86) راجع الحكم الثالث المشار إليه.
- (87) ردت المحكمة هذا المعنى في أحكامها الثلاثة المشار إليها.
- (88) راجع رسالة د/ أحمد كمال أبو الجيد، المرجع السابق، ص ٦١٤.
- (89) راجع، المرجع السابق، ص ٦٢١.
- (90) راجع، المرجع السابق، ص ٦٢٢.
- (91) الحقيقة أن مجلس الدولة المصري تعرض لحنة قاسية سنة ١٩٥٥ بدأ التهديد لها في ٢٩/٢/١٩٥٤ حيث دفعت الحكومة المصرية آنذاك عددا من المظاهرات وجولهم رجال الأمن لدار مجلس الدولة للاعتداء على رئيس المجلس آنذاك وهو العملاص / عبد الرزاق = السنهوري اعتقادا منها بأن المجلس يناوئ الثورة ، وقد تم ذلك بالفعل وكان الاعتداء مروعاً وإدماياً ولم يخفف من حدة الاعتداء إلا مدافعة سكرتيرته عنه. وقد استنكرت الجمعية العمومية للمجلس هذا الاعتداء وأرسلت خطابا سرياً للحكومة في ٢٩/٢/١٩٥٤ وقد رد عليه بتاريخ ٢٩/٤/١٩٥٤ من الحكومة حيث أعلنت استيائها واستنكارها للحادثة، ورغم ذلك فقد تم عزل / عبد الرزاق السنهوري من منصبه في ١٥/٤/١٩٥٤ بحجة سبق توليه منصب وزيرى وانتمائه لحزب سياسي قبل ثورة يوليو ١٩٥٢ ولم يقف الأمر عند هذا الحد فبعد أشهر قليلة صدر القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة (منشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر الصادر بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٥٥)، حيث نص في المادة ٧٧ منه على أنه «يصدر خلال خمسة عشر يوما من تاريخ العمل بهذا القانون قرار من مجلس الوزراء بناء على عرض رئيس هذا المجلس ويعد رأي رئيس مجلس الدولة بإعادة تعيين أعضاء مجلس الدولة وموظفيه الفنيين الحاليين طبقاً للنظام الجديد».
- أما الذين لايشملهم القرار المشار إليه في الفقرة السابقة فيحتفظون بدرجاتهم ومراتبهم الحالية بصفة شخصية لمدة أقصاها أربعة أشهر يصدر خلالها قرار من مجلس الوزراء بتعيينهم في وظائف مماثلة لوظائفهم في القضاء أو في النيابة أو في أية وظيفة عامة أخرى لتقتل من حيث الدرجة عن درجات وظائفهم الحالية وذلك بناء على عرض رئيس مجلس الوزراء وبعد الاتفاق مع الجهات المختصة ويتولى رئيس مجلس الوزراء خلال المدة المشار إليها في الفقرة الأولى جميع الاختصاصات المخولة للجمعية العمومية والمجلس الخاص ويصدر خلالها القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون وذلك كله بعد أخذ رأى رئيس مجلس الدولة .»
- ولقد كان ذلك أول سابقة من نوعها في تاريخ القضاء المصري يتم فيها الاعتداء على استقلال القضاء بهذه الصورة وترتب عليها إقصاء نحو عشرين عضوا من أعضاء المجلس عن مناصبهم بالإحالة إلى المعاش أو بالنقل إلى وظائف غير قضائية لئلا احترام للضمانات المقررة لهم.
- راجع في ذلك رسالة د/ محمد كامل عبيد، استقلال القضاء (دراسة مقارنة) ، جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٨ ، ص ٤٠ وما بعدها.
- (92) نظرا للهجوم الذي تعرضت له الأحكام السالفة اضطرت المحكمة العليا إلى القضاء بعدم دستورية القوانين المانعة من التقاضي وبدأ ذلك في الدعوى رقم ٦ لسنة ١٠٠. راجع الحكم وبقرار هيئة المفوضين، كتاب أحكام وقرارات المحكمة العليا للمستشارين ياقوت المشماوى وعبد الحميد عثمان، الجزء الأول، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٢، ص ١١٠-١١٨.
- (93) راجع د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣، ص ٥٢٤، ٥٢٣.
- (94) راجع المستشار / طه أبو الخير، حرية الدفاع، الطبعة الأولى، دار المعارف بالإسكندرية، ١٩٧١، ص ٧٧.

- (95) راجع في شرح الظروف التي سبقت إنشاء المحكمة د/ ثروت بدوي، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية، ١٩٧١ ، ص ١٥٠ ومابعدها.
- (96) راجع في تلك النصوص المستشارين ياقوت العشماوي، عبد الحميد عثمان للمستشارين المفوضين بالمحكمة العليا ، أحكام وقرارات المحكمة العليا، سنة ١٩٧٣ الجزء الأول الخاص بالدعاوى الدستورية.
- (97) ذهب د/ رؤوف عبيد إلى أنه كان إنشاء هذه المحكمة العليا في ظروف استثنائية أو بالأقوى مظلمة وهي رغبة بعض مراكز القوى في سنة ١٩٦٩ من التخلص من أكثر من مائتي مستشار وقاض بحجة أنهم غير متعاونين التعاون الكافي مع السلطات أي مع جرائم المفسدين والتكبد بالآثراء بوجه عام، ويعارض عن إنشاء هذه المحكمة ويرى أنه من الأفضل جعل اختصاصها لدائرة تشكل بمعرفة المجلس الأعلى للمهنيات القضائية من أعداد متساوية من مستشاري محكمة النقض العادي والإداري ويؤاسهم الأكبر سنا.
- راجع في ذلك الرقابة على الدستورية والشرعية في المواد الجنائية، مطبعة الاستقلال الكبرى ١٩٧٩ ص ٥٧-٥٩.
- (98) نتج عن تقسيم المحكمة الدستورية في ألمانيا إلى دائرتين أن اختلفت اتجاهاتهما إلى حد أن سميت إحداها بالدائرة الحمراء إشارة إلى تغليب الاتجاهات الاشتراكية في معتقدات أعضائها.
- راجع في ذلك رسالة د/ كمال أبو الجيد ، المرجع السابق، هامش ص ٥٧٩.
- (99) راجع رسالة د/ كمال أبو الجيد ، المرجع السابق، ص ٢٣ ومابعدها.
- (100) راجع رسالة د/ علي الباز ، المرجع السابق، ص ٥٢٥.
- (101) د/ محمد حسنين عيد المال، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية، ص ١٧٥.
- (102) د/ كمال أبو الجيد، المرجع السابق، ص ٥٦٣.
- (103) في ذات الاتجاه رسالة د/ علي الباز، المرجع السابق، ص ٥٣٣-٥٣٥.
- (104) راجع د/ ثروت بدوي، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ص ١٦٢.
- (105) راجع د/ مصطفى كمال وصفي، طبيعة اختصاصات المحكمة العليا، العدد الرابع السنة ٥٠، ابريل سنة ١٩٧٠، ص ١٦ ومابعدها، د/ رؤوف عبيد، الرقابة على الدستورية والشرعية في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٧-٩.
- (106) راجع د/ جمال العطيفي، مجلة المحاماة، العدد الأول السنة ٥٠، يناير سنة ١٩٧٠، ص ٩ ومابعدها.
- (107) انظر حكم المحكمة العليا في القضية ٤ لسنة قضائية جلسة ٢ يوليو ١٩٧١ وراجع في حيثيات الحكم للمستشارين ياقوت العشماوي، عبد الحميد عثمان أحكام وقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص ٦٩-٧٠.
- (108) ورد بتقرير لجنة الشئون التشريعية لمجلس الأمة في ٩ يونيو سنة ١٩٧٠ عن مشروع قانون الإجراءات والرسوم امام المحكمة العليا مايلي (أقر مشروع القانون المرافق ليقرر في عبارة واضحة حق المحكمة التي يثار لديها الدفع في تقرير جدية وإصدار قرارها بوقف الدعوى المطروحة لديها من عدمه على ضوء تقريرها لجدية هذا الدفع، وهو أمر طبيعي حتى لا يتخذ الدفع بعدم دستورية القانون وسيلة لتعطيل الفصل في القضايا لدى محكمة الموضوع التي تنتظره، والأمانة : على ذلك كثيرة كان يثار دفع بشأن عدم دستورية قانون لا يحكم الخصومة في الدعوى المطروحة أو الدفع بعدم دستورية قانون سبق للمحكمة العليا أن أصدرت في شأنه حكما أو الدفع بعدم دستورية قانون مقرر لنصوص وأردة في الدستور ذاته، فترك ولاية تقدير جدية الدفع للمحكمة التي يثار امامها أمر يوجب حسن تطبيق القانون وقواعد حسن سير العدالة.
- يلاحظ أن الأمثلة السالفة ليست على سبيل الحصر (للمباحث).
- (109) راجع للمستشار/ طه أبو الخير، حرية الدفاع ، للرجع السابق، ص ٧٧٦.
- (110) من هذا الرأي المستشار/ مصطفى كمال وصفي طبيعة اختصاص المحكمة العليا، المحاماة ص ٤٠ في ٤ فبراير سنة ١٩٧٠، ص ١٢.
- (111) راجع حكم المحكمة العليا في ١٩٧١/٧/٣ الدعوى رقم ٤ لسنة ١ ق دستورية سالف الإشارة وفي ذات الاتجاه الحكم في الدعوى رقم ١٤ لسنة ٤ ق دستورية جلسة ١٩٧١/٤/١٢، الجزء الأول ص ٣٩٥ ، وفي الدعوى رقم ٩ لسنة ٥ ق، دستورية جلسة ١٩٧٦/١١/٦، ص ٤٧٤.
- (112) بعد صدور الحكم الأول بفترة وجيزة صدر دستور سنة ١٩٧١ في ١١/٩/١٩٧١ وبسط رقابة المحكمة الدستورية العليا على القوانين واللوائح دون تحديد لهذه اللوائح.
- (113) راجع بحث الرقابة القضائية على دستورية اللوائح للكتور/ محمود عاطف البنا، مجلة القانون، العددان الأول والثاني مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ، ص ٢١٧-٢١٩.
- (114) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية (القضاء الدستوري في مصر) سنة ١٩٨٨، ص ١١٥ وما بعدها
- (115) راجع في نفس الاتجاه د/ عبد العظيم عبد السلام بالمرجع السابق، ص ٢٠٨.
- (116) رغم ذلك وجد من الفقهاء من يوافق على مبدأ اختصاص المحكمة العليا برقابة اللوائح ومنهم د/ رمزي الشاعر حيث ذهب سياسته إلى أن المقصود بالقوانين في مجال الرقابة على الدستورية القوانين بمعناها الشكلية أي الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة.
- راجع د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة، المرجع السابق، ص ٤٤٤
- كما ذهب د/ ثروت بدوي إلى أن كل محاولة لإدراج اللوائح الإدارية أو بعضها مثل لوائح الضرورة أو اللوائح التفويضية في مدلول القانون الذي تختص للمحكمة العليا وحدها بالنظر في دستوريته هي محاولة مقضى عليها بالفشل لمخالفتها لطبيعة الرقابة على دستورية القوانين والأصول التي تقوم عليها، ولك سياتي أن المقصود بالقانون في تطبيق

أحكام المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا، هو القانون بالمعنى الشكلي الصادر عن السلطة التشريعية المختصة.
- راجع د/ ثروت يونس، للقانون الدستوري، المرجع السابق ص ١٦٢.
(117) يؤكد الرأي الذي نؤيده أن اللائحة محل الطعن في القضية رقم ٤ لسنة ١٩٧٠/٧/٣ كانت قد صدرت في ٢٢ أغسطس ١٩٦٦ ولم ترفع دعوى عدم دستورتها إلا بعد أربع سنوات في ٦ يونيو ١٩٧٠.

(118) راجع المستشار/ طه أبو الخير، المرجع السابق، ص ٧٩٣.
(119) راجع رسالة د/ علي البار، للمرجع السابق، ص ٥٥٨.
(120) جاء الفصل الخامس من الدستور حاملاً عنوان المحكمة الدستورية العليا وقد تناولها في مواده من (١٧٤: ١٧٨) حيث نصت المادة ١٧٤ على أن (المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية، مقرها مدينة القاهرة).

ونصت المادة ١٧٥ على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها) =
= ونصت المادة ١٧٦ على أن (ينظم القانون كيفية تشكيل المحكمة ويبين الشروط الواجب توافرها في أعضائها وحقوقهم وخصائصهم).

ونصت المادة ١٧٧ على أن (أعضاء المحكمة للدستورية العليا غير قابلين للعزل وتتولى المحكمة مسألة أعضائها على الوجه المبين بالقانون).

ونصت المادة ١٧٨ على أن (تنتشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في النواحي الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار).

(121) راجع في المحكمة الدستورية العليا.
د/ رمزي الشاعر، للنظر في القانون الدستوري، المرجع السابق ص ٤٩٠ وما بعدها.
د/ عبد العظيم عبد السلام، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها.
د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، سيادة الدستور وضمان تطبيقه، المرجع السابق، ص ٢٣ وما بعدها.
د/ سعد مصغور، النظام الدستوري المصري دستور ١٩٧١، منشأة المعارف الأسكندرية، طبعة ١٩٨٠، ص ٢٩٦ وما بعدها.

د/ عمرو بركات، مبادئ القانون الدستوري، دراسة مقارنة، سنة ١٩٨٩، ص ١٢٧ وما بعدها.
د/ علي حسين نجيدة، الرقابة على دستورية القوانين والمحكمة الدستورية العليا - طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها، ص ٣ وما بعدها.

- يلاحظ أنه تعددت مشاريع إنشاء المحكمة الدستورية العليا لدرجة أن البعض قد ضاق ذرعاً بهذه الفكرة ونادى بالتخلي عنها كلية وذلك بتعديل الدستور ذاته، د/ عماد النجار لماذا المحكمة الدستورية العليا صحيفة أخبار اليوم في ٢١ يوليو ١٩٧٩، المستشار موزوق فكرى، إعطاء مجلس الشورى صلاحية رقابة دستورية القوانين يكفى مهمة تكوين المحكمة الدستورية العليا، صحيفة الأهرام في ٢١ يوليو ١٩٧٩، إلا أن فكرة إنشاء هذه المحكمة لاقت رواجاً وأعجاباً لدى غالبية الفقهاء، انظر بيان نقابة المحامين المنشور بصدى المجلة الأولى والثاني من السنة الثامنة والخمسين عدد يناير وفبراير ١٩٧٨، مقال عـ وحيد وأنت بجريدة الأهرام في ١٤ يوليو ١٩٧٩.

هذا وقد عرضت أحد المشاريع بالفعل على مجلس الشعب لإقراره إلا أنه انتقد بشدة من الأوساط القانونية نظراً لكثرة عيوبه وهي أنه:

من حيث طبيعة المحكمة فقد كان المشروع لا ينص صراحة على أنها هيئة قضائية مما يثير للشك في أنها محكمة سياسية على خلاف ما نص عليه الدستور من أنها محكمة قضائية.
= من حيث تشكيلها: - عيب على المشروع تشكيل المحكمة على أساس من تعيين رئيسها بقرار جمهوري وتعيين أعضائها بذات الآداة وبناءً على ترشيح وزير العدل وموافقة مجلس الشعب لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد فلم يوفر هذا المشروع ضمانات القضاة من حيث الدوام وعدم القابلية للعزل.

عيب على المشروع أنه كان يعطى للمحكمة الحق في التفسير الملزم للدستور وذلك خلاف ما قضت به المادة ١٧٥ من الدستور في عبارة (ويتولى تفسير النصوص التشريعية..).
- من أهم العيوب ما جعله المشروع لوزير العدل من حق الطعن على الأحكام القضائية النهائية أمام المحكمة الدستورية العليا بسبب مخالفتها للدستور أو عدم التزامها بالتفسير الملزم للمحكمة الدستورية العليا ومن ثم يكون للمحكمة حينئذ الحق في وقف تنفيذ هذه الأحكام وإلغائها الأمر الذي يعصف باستقلال القضاء ويهدم أركانه إذ يجعل من الأحكام مجرد توصية لا تلتزم إلا بعد إقرار وزير العدل لها ويجعل المحكمة مهيمنة على النظام القضائي المصري بخلاف نص المادة ١٧٥ من الدستور.

- وقد سجلت الجمعية العمومية لمجلس الدولة اعتراضها بأن أكدت أن المشروع الذي قدم إلى مجلس الشعب يختلف اختلافاً جوهرياً عن المشروع الذي سبق أن أقره قسم التشريع بمجلس الدولة وترتب على ذلك أن المشروع لمحال بعد بهذه اللجنة مشروعا جديداً كان يتعين على الحكومة أن تعرضه على قسم التشريع لمراجعته من الناحية الدستورية والقانونية إعمالاً لصريح الوجوب والإلزام الوارد في المادة ٦٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.
أما أنها ولم تفعل ذلك فما كان لها - والأمر كذلك - أن تضمن بدياسة قرار الإحالة عبارة (وبناءً على ما أرتأه مجلس

الدولة) لخالفتها لواقع الحال (مجلة المحاماة السنة ٥٨ العددان الأول والثاني يناير وفبراير سنة ١٩٧٨ ص ٧٥ : ٢٠٦ حيث ورد بهذا الجزء ما ورد بشأن المشروع المعيب ومنها (بيان نقابة المحامين - بيان نادي القضاة - قرارات الجمعية العمومية لجلس الدولة)، انظر مضبطة مجلس الشعب في ١٩٧٩/٧/٨ ص ٧٧:٧٥ حيث أوردت الاعتراضات على المشروع المسحوب وذلك عند بحث المشروع الذي صار قانوناً وقالت الجمعية العمومية لنادي القضاة عن هذا المشروع إنه (بعد انتكاسة للمبادئ والديمقراطية وسيادة القانون التي بدأ الشعب يتنسم عبرها بعد طول معاناة لما يترتب عليه من إخلال بمبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فضلاً عن أنه يغطي على مخالفات جسيمة لأحكام الدستور واعتداء صارخ على استقلال القضاء.

- راجع الرقابة على دستورية القوانين للكتور على حسين ، المرجع السابق، ص ٣٦ وماشبهها. هذا وقد سجل مجلس نقابة المحامين اعتراضه بأن ذكر أن المشروع (لإيجق بأي حال الهدف من إعداده وهو تثبيت دعائم التشريعية وضمان الرقابة الفعالة على التزام السلطين التشريعية والتنفيذية بأحكام الدستور فيما يصدر عنها من قواعد تشريعية وصيانة حقوق المواطنين وحررياتهم....).

وبناء على ما سلف يمكن فهم السبب في سحب الحكومة لذلك المشروع وإعادة تقديم المشروع الذي صار قانوناً في الفصل التشريعي التالي.

(122) راجع د/ سعد عصفور، النظام الدستوري المصري ، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(123) قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا إلزام على رئيس المحكمة أن يعرض على المجلس الأعلى للهيئات القضائية مرشحين اثنين لكل وظيفة خالية. ولو كان من رשמته الجمعية العامة لشغلها مقبولا منه إذ لوضح ذلك - وهو غير صحيح- لكان عليه أن يعارض الجمعية العامة دوماً منحياً اختيارها، ولو قام على أسس موضوعية لها معنيها وهو ما لا يتصور أن يكون المشرع قد قصد إليه .

راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢ لسنة ١٢ ق « طلبات أعضاء »، جلسة ١٥ / ٥ / ١٩٩٢ ، المجموعة ، الجزء الخامس المجلد الثاني ، ص ٣٩٢ .

(124) راجع ص ١٥٥ - ١٥٨ من هذه الرسالة.

(125) د/ سعد عصفور، النظام الدستوري المصري ، المرجع السابق، ص ٣٠٥-٣٠٦.

(126) المقصود الجدول الملحق بالقانون (المباحث)

(127) راجع د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، للمرجع السابق ، هامش ص ٥٦١.

(128) تنص المادة (٢٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن تختص المحكمة الدستورية العليا بون غيرها بما يأتي : أولا الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. ثانيا الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تختل إحداهما عن نظرها أو تخلت كليهما عنها. ثالثا الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء والآخر من جهة أخرى منها. وتنص المادة (٢٦) من ذات القانون على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها .

(129) يرى د/ رمزي الشاعر - حقا- أنه من الأفضل إضافة اختصاصات أخرى للمحكمة مثل كيفية محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء ونواب الوزراء والفصل في صحة العضوية بالنسبة لأعضاء مجلس الشعب والشورى واستشارتها في استخدام المادة ٧٤ من الدستور ، إذ يتحقق بعمل ذلك للمحكمة صفة الهيئة العليا المنفصلة عن سلطات الدولة التقليدية وتصبح في مستوى لا يقل عن مستوى البرلمان.

راجع في ذلك د/رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري ، المرجع السابق ، ص ٥٦٢ =

= ونادى أيضا «ع» محسن العبودي بإسناد الفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب للمحكمة الدستورية العليا دون تدخل من المجلس النيابي في هذا المجال لأن ذلك يترتب عليه أن يتم الفصل في صحة العضوية طبقا للدستور والقانون

راجع د/ محسن العبودي ، الاختصاص بالفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠، ص ٥٩ - ٦٠ .

(130) ورد في إحصائية صادرة عن مركز المساعدة القانونية لحقوق الإنسان في مصر - أن المحكمة قضت حتى فبراير ١٩٩٦ بعدم دستورية ٩٢ قانونا خالفت (٥٢) مادة من مواد الدستور . أي بما لا يقل عن ٢٥ / من مواده . وأن ٣٦٥ / من النصوص المفضى بعدم دستورتها سابقة على دستور ١٩٧١ . في ذلك راجع جريدة الحياة الثقافية ، ١٩٩٦ ، يونيو ١٩٩٦ .

(131) تنص المادة ١٩٥ من الدستور على أنه : يؤخذ رأي مجلس الشورى فيما يلي :

١- الاقتراحات الخاصة بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور. ٢- مشروعات القوانين المكملة للدستور. ٣- مشروع الخطة العامة للتنمية الاجتماعية والاقتصادية. ٤- معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة. ٥- مشروعات القوانين التي يجعلها إليه رئيس الجمهورية. ٦-

ويبلغ المجلس رأيه في هذه الأمور إلى رئيس الجمهورية ومجلس الشعب .

(132) راجع حكم المحكمة في الدعوى رقم ٧ لسنة ٨ق دستورية ، جلسة ١٥ / ٥ / ١٩٩٢ ، الجزء الخامس، المجلد الثاني ، ص ٣٦٧ ، ٣٦٦ .

(133) د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة، المرجع السابق، ص ٥٦٩ ، ٥٧٠ .

- (134) د/ عمرو بركات ، مبادئ القانون الدستوري ودراسة مقارنة، ١٩٨٩، ص ١٤٧.
- (135) د/ جورجى شفيق سارى، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٣٣.
- (136) راجع د/ سليمان الطماوى، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص ٦٥.
- (137) د/ رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٥٧٠ - ٥٧٢.
- (138) د/ عمرو بركات، مبادئ القانون الدستوري، المرجع السابق ص ١٤٨ وفي نفس الاتجاه د/ محمد عبد الصمد ابو زيد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص ٢٢٢، ٢٢٤.
- (139) الدعوى رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية، جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦، الجزء الثالث، ص ٢٥٣.
- (140) في ذلك راجع مجموعة الدعاوى رقم ٢١ لسنة ١١٦ دستورية جلسة ٢٧/١٩٩٥/٥ لسنة ١٦ دستورية جلسة ١٥/٤/١٩٩٥، ٨ لسنة ١٥ دستورية جلسة ١٤/١/١٩٩٥، ١٨ لسنة ٨ دستورية جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦، ٦١ لسنة ١٢ دستورية جلسة ١٨/٥/١٩٩٦.
- (141) سنوضح هذه الفكرة بتفصيل أكبر بالباب الثاني من هذه الرسالة.
- (142) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف، المرجع السابق، ص ١٩١، ١٩٢.
- (143) الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩/٦/١٩٩٢، الجزء الخامس للمجلد الثاني، ص ٣٧٦.
- (144) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٢ لسنة ١١ ق جلسة ١٨/٤/١٩٩٢، والدعوى ٤٥ لسنة ١٢ ق جلسة ١٧/١٢/١٩٩١، الموسوعة ص ٥.
- (145) راجع د/ صلاح الدين فوزى، الدعوى الدستورية، ١٩٩٢، دار النهضة العربية، ص ٥٩.
- (146) سبق للمحكمة العليا أن أكدت على إخضاع القوانين التي صدرت قبل صدور دستور الرقابة على دستورية الدستور القائم، وأكدت أنها لا تسقط تلقائياً لجرده تعارضها مع الدستور حتى لا يحدث فراغ تشريعي يقود إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية فليس معقولاً أن تكون التشريعات الصادرة قبل قيام الثورة في ظل نظم سياسية واجتماعية مغايرة في أسسها وأصولها ومبادئها النظم التي استحدثتها الدستور - ليس معقولاً أن تكون هذه التشريعات بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور وفي ظل نفعها وأصولها لاستحدثتها من أن رقابة دستورتها أولى وأوجب.....
- إن القول بأن ولاية المحكمة العليا لاستقرار التشريعات السابقة على الدستور إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة عند صدورها وتكون رقابتها لهذه التشريعات على أساس تلك الأوضاع دون أحكام الدستور القائم وأوضاعه هذا القول مردود - بأن رقابة دستورية القوانين منذ عرفت في الدول ذات المساطر الجامدة تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وحماية من الخروج على أحكامه - ذلك أن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يتكلمها من التشريعات باعتبارها أسمى للقواعد الآمرة.
- تقلاً عن: د/ صلاح الدين فوزى، الدعوى الدستورية، المرجع السابق، فاشمى ص ٦٢، ٦٣.
- (147) د/ عاطف البنا، بحث الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مجلة القانون، المعداد الأول والثاني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٢٨، ٢٢٩. وفي شرح تفصيلي لأنواع اللوائح، د/ سليمان الطماوى، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، ١٩٨٨، بدون دار نشر، ص ٥١٢ وما بعدها.
- (148) د/ عمرو بركات، مبادئ القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ١٤٩.
- (149) د/ رمزى الشاعر، النظرية العامة، المرجع السابق، ص ٥٧٥.
- (150) ويضمّننا مثال لتعارض اللائحة مع القانون أسنانه في الواقع العملي يتمثل في أن القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضريبة الأطنان والقوانين المعدلة له قرر رفع الضريبة في أحوال قوامها زوال الصفة الزراعية عن الأرض بعد سبق شوبت هذه الصفة وبالتالي سبق فرض الضريبة قانوناً وحدد القانون إجراءات طلب الرفع وأحال إلى اللجنتين المنصوص عليهما في المادتين الثالثة والسابعة من المرسوم بقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٣٥ الخاص بتقدير إيجار الأراضي الزراعية للفصل في طلب الرفع، واللجنة الأولى والمنصوص على تشكيلها هي لجنة التقدير وتفصل في طلب الرفع ابتداءً واشترطت المادة السادسة من المرسوم بقانون المذكور لنفاذ قرارها بالرفع وإمكان الطعن عليه أمام لجنة الاستئناف أن يعتمد من وزير المالية قبل النشر بالجريدة الرسمية.
- أما اللجنة الثانية وهي المنصوص عليها بالمادة السابعة من المرسوم بقانون المذكور، فهي لجنة الاستئناف التي يعلن أمامها في قرار لجنة التقدير وذلك في ظرف ثلاثين يوماً من إعلان قرار لجنة التقدير والإسقاط الحق في الاستئناف، وأياً كان الرأي حقاً وصيحاً فإنها تصدر به قرارات لجنة الاستئناف فإنها قرارات نهائية لا يجوز لمصلحة الضرائب العقارية إلغاؤها أو تعديلها فلا = هي مقتضى نهائية هذه القرارات وإن كان لها الحق في العمل عليها أمام القضاء الإداري وفقاً لأحكام القانون وحسبما استقر عليه هذا القضاء سواء خلال الميعاد بناء على ماينص عليه من عيوب عادية أو رغم انقضاء هذا الميعاد إذا بلغت هذه العيوب من الجسامه حداً يجعلها قرارات معدومة قانوناً.
- راجع في ذلك فتوى إدارة الفتوى لوزارة المالية بتاريخ ١٩٩٥/٣/١١ ملف رقم ١٠١٦/٤. فإذا كان ذلك كذلك فإن قرار وزير المالية رقم ١٣٦ لسنة ١٩٧٤ للمعدل بالقرار ٢٠٨ لسنة ١٩٨٤ والذي نص على أن «تختص مصلحة الضرائب بالمقارنة بما يلي:
- سادس مراجعة وأصدار قرارات رفع وأسقاط للضرائب العقارية ولمخالفاتها» يكون قد خالف صحيح القانون وأخل بنهائية قرار اللجنة الاستئنافية المنصوص عليه قانوناً ومن ثم فإن هذا القرار يكون غير مشروع مخالفت أحكام القانونين ٥٢ لسنة ١٩٣٥ و ١١٣ لسنة ١٩٣٩ سالفى الذكر، وإذا كان هذا القرار بوصفه لاتحة لا يمكن أن يُلغى لتحصنه فإن يظل دائماً من حق القضاء الإداري إلغاء القرارات الإدارية الصادرة طبقاً له.

هذا وبما كانت اللائحة المذكورة لاتعد تنقيذا لأي من القانونين رقمي ٥٣ لسنة ١٩٣٥ و ١١٣ لسنة ١٩٣٩ فمن ثم فإن المخالفة المنسوبة إليها لاينطبق عليها حكم المادة (١٤٤) من الدستور والتي تحظر على اللوائح التنفيذية تعديل أو تعطيل القوانين أو الإغفاء منها ومن ثم لامتعى دستوري عليها.

- (151) راجع د/ رمزي الشاغر، النظرية العامة، المرجع السابق، ص ٥٧٦، ٥٧٧.
- (152) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ ق، جلسة ١٩٩٤/١٢/٣، الموسوعة، ص ٢٠.
- (153) الدعوى رقم ٦٧ لسنة ١٢ ق، جلسة ١٩٩٣/٤/٣، الموسوعة، ص ٤٨.
- (154) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٩ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٩٢/١١/٧ الموسوعة، ص ٥٠.
- (155) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ ق دستورية، جلسة ١٩٩٤/١٢/٣، المجموعة الجزء الرابع ص ٨٦-٨٨.
- (156) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق، جلسة ١٩٩٤/٢/٥.
- (157) راجع حكم المحكمة العليا الدستورية، في الدعوى رقم ٩ لسنة ٩ ق ع (دستورية) جلسة ١٩٧٥/٤/٥، الجزء الأول، ص ٢٥٨.
- (158) راجع حكم المحكمة العليا (الدستورية) في الدعوى رقم ١١ لسنة ٧ ق ع دستورية جلسة ١٩٧٨/٤/١، الجزء الثاني، ص ١٢٠.
- (159) يلاحظ أن المسائل السياسية وإن كانت لاتصلح محلا للرقابة الدستورية إلا أننا فضلنا دراستها على نحو مسهب ضمن الباب الرابع من هذه الرسالة والمتعلق بالقيود الذاتية القضائية.
- (160) راجع المستشار/ محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول السنة الرابعة عشر، يناير-مارس سنة ١٩٧٠، ص ١٢٣-١٢٤.

الباب الثاني

تحريك الرقابة الدستورية

الفصل الأول

أساليب ممارسة رقابة الدستورية في أمريكا

هناك ثلاثة أساليب لممارسة رقابة الدستورية هي أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون وأسلوب أوامر المنع وأسلوب الأحكام التقريرية ، و سوف ندرس كل أسلوب مما سلف في مبحث مستقل.

المبحث الأول

أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون

يعد أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون هو الأسلوب الرئيسى لتحريك رقابة الدستورية - كما هو الحال في مصر ، ولما كان الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين ليس إلا جزءاً طبيعياً من وظيفة القضاء الأصلية وهى الفصل فى الخصومات والمنازعات فمن ثم لا يكون للدفع بعدم الدستورية ما يميزه عن غيره من سائر الدفوع الأخرى .

ولما كان الدستور فى المادة الثالثة قد قصر اختصاص السلطة القضائية على نظر المنازعات والخصومات فمن ثم يشترط لقبول الدفع بعدم الدستورية ما يلى :

٨- أن تكون هناك خصومة حقيقية لا نظرية أو افتراضية ، فلا يجوز أن يتصل العمل القضائى بغير القضايا الواقعية ، ومنذ عهد أول رئيس للولايات المتحدة وهو جورج واشنطن رفضت المحكمة العليا إعطاء آراء استشارية واعتذرت عن ذلك بأدب جم .

كما لا يجوز للمحكمة النظر فى قضية توطأ طرفاها على رفعها للطعن فى دستورية قانون ما ، طالما خلى الأمر من خصومة حقيقية ، كما لا تنظر المحكمة فى الدعاوى غير المنتجة "moot cases" وهى التى لا يكون للحكم الذى يصدر فيها أى أثر قانونى على الخصومة القائمة .

وذلك طبقته المحكمة في حكم لها أصدرته عام ١٩٤٢ قضت فيه برفض إصدار أمر *certiorari* تأسيسا على أن العقوبة التي يطعن المدعى على دستوريته قد نفذت فعلا.

٢ - ضرورة توافر المصلحة الشخصية لدى مبدئ النفع بعدم الدستورية ويجب أن تكون هذه المصلحة مباشرة ، وإلا رفضت المحكمة الطعن، وهذا ما حدث في قضية سنة ١٩٢٢ عندما حكمت المحكمة بأن مصلحة دافع الضريبة كمساهم في النفقات العامة للحكومة الاتحادية لا تعد مصلحة كافية تتبع له الطعن في دستورية قانون يتضمن اعتماد بعض البالغ للصرف على وجه يراه الطاعن متعارضا مع الدستور، وقررت المحكمة بين دافع الضريبة المحلية ودافع الضريبة الاتحادية إن الصلة المباشرة في الحالة الأولى دون الثانية هي المسوغة للطعن ، وأوضحت المحكمة أنه لا يقبل من الطاعن في دستورية القانون أن يكتفى بالتدليل على قيام التعارض بينه وبين نص من نصوص الدستور بل يجب عليه فوق ذلك أن يثبت أن القانون قد سبب له ضررا شخصيا مباشرا أو يشك أن يسبب له هذا الضرر ، ولا يكفي في ذلك أن يثبت أنه مهدد على نحو عام غير محدد بضرر يشاركه فيه عامة الناس.

وفي سنة ١٩٣٧ قررت المحكمة أنه ليس لمحام أمام المحكمة العليا أن يطعن في صحة تعيين عضو بالمحكمة العليا.

ويشترط أن يكون الضرر الذي يشكو منه الطاعن ضررا فعليا قابلا للإصلاح القضائي كما يقبل الضرر المستقبل المؤكد أو الوشيك الوقوع (1)، (2).

المبحث الثاني

أسلوب أوامر المنع

يمكن تعريف أوامر المنع بأنها أوامر قضائية تتخذ صيغة النهى الصريح وتوجه الى شخص ما لإنذاره بأنه إذا ما استمر في نشاط خاطئ معين أو إذا باشر نشاطا خاطئا يوشك أن يقوم به فإنه - فوق التزامه بالتعويض - يتعرض للعقاب على أساس إهانة القضاء .

والأصل في تلك الأوامر أنها وقائية مانعة فيشترط لإصدارها أن تكون قبل وقوع الضرر إلا أن الأمر تطور في الولايات المتحدة الأمريكية إلى إمكان اصدار بعضها بعد وقوع الضرر وتسمى حينئذ *"restorative injunctions"*. وتصلح أوامر المنع لحماية الأنواع المختلفة من الحقوق وذلك في المجالات المختلفة عدا مجال منع تنفيذ العقوبات الجنائية ، كما لا يجوز اللجوء إليها إلا عندما يتعذر تقديم الحماية عن طريق قواعد الـ *common law* وذلك بوصفها إجراء من إجراءات العدالة التي تعتمد أساسا على مبادئ الأخلاق والضمير والقانون الطبيعي وليس على السوابق القانونية .

وسوف ندرس استخدام أوامر المنع في الرقابة على دستورية قوانين الولايات في المطلب الأول وفي المطلب الثاني سوف ندرس استخدام تلك الأوامر في رقابة القوانين الاتحادية .

المطلب الأول

أوامر المنع والرقابة على قوانين الولايات

استخدمت هذه الطريقة بدايةً بمناسبة قضية أوسبورن⁽³⁾ ضد بنك الولايات المتحدة سنة ١٨٢٤، حيث كانت المحكمة العليا قد قضت في قضية ماك كولوش ضد ماريلاند بعدم دستورية فرض الولايات ضريبة على فرع بنك الولايات المتحدة، وكانت ولاية أوهيو قبل إصدار الحكم قد أصدرت تشريعاً يفرض ضريبة على فروع البنك في الولاية ويحول الموظفين المختصين بجبايتها سلطة واسعة في التفتيش والمصادرة تطبيقاً لهذا القانون الضريبي، وقد أعلنت الولاية بعد صدور الحكم في قضية ماك كولوش أنها لن تنفذ الحكم فسعى البنك إلى المحكمة الاتحادية الدنيا لمنع الموظفين المختصين من تطبيق هذا القانون وأجيب البنك إلى طلبه إلا أن الولاية تجاهلت الحكم، ولما وصلت القضية إلى المحكمة العليا أكدت على أن تشريع ولاية أوهيو لا يمكن أن يعد دستورياً في ظل سابقة ماك كولوش، وأنه لا تعارض مع التعديل الدستوري الحادي⁽⁴⁾ عشر إذ إن الموظف الذي يحاول تنفيذ قانون مخالف للدستور يفقد كل حصانة قانونية وصفته القانونية كممثل للولاية ومن ثم لا يعد الأمر الصادر بمنعه من تنفيذ ذلك القانون موجهاً ضد الولاية نفسها.

ومنذ هذا الحكم تعلق التعديل الحادي عشر بأوامر المنع لوجود شبهة مقاضاة الولاية بغير رضاها وهو الأمر الذي يمنعه ذلك التعديل، وبعد فترة من التفرقة الغامضة بين الموظف العادي الملزم بموجب القوانين العسادية القائمة في الولاية والموظف المكلف بعمل معين وفقاً لنص تشريعي محدد يخالف الدستور - حيث كانت المحكمة تجيز إصدار أوامر المنع لموظفي الفئة الأولى من الثانية - وصلت المحكمة في قضية يونج⁽⁵⁾ سنة ١٩٠٨ إلى التسوية بين الفئتين في الإجازة.

ومنذ ذلك الحين أصبحت أوامر المنع وسيلة سهلة وطيدة للطعن على قوانين الولايات.

المطلب الثاني

أوامر المنع والرقابة على القوانين الاتحادية

تعد السابقة الرئيسية في هذا الشأن حكم المحكمة في قضية المسيسيبي⁽⁶⁾ سنة ١٨٦٧ حينما سعت تلك الولاية إلى إصدار أوامر المنع للرئيس جونسون لمنع من تنفيذ قوانين التعمير بعد حرب الانفصال، وقد رفضت المحكمة إصدار هذا الأمر مستندة إلى مبدأ الفصل بين السلطات ومعولة على اعتبارات عملية تسوغ مسلكها.

وفي سنة ١٨٦٨⁽⁷⁾ عرضت ذات المشكلة ولكن بالنسبة لوزير الحرب وعدد من معاونيه، وكانت ولاية جورجيا هي المدعية هذه المرة فرفضت المحكمة أيضاً إصداره استناداً إلى فكرة الأعمال السياسية.

وفي قضية مصانع الصلب سنة ١٩٥٢⁽⁸⁾ طلبت شركات إنتاج الصلب من المحكمة إصدار أمر منع إلى وزير التجارة لمنع من تنفيذ الأمر الصادر إليه من الرئيس ترومان بالاستيلاء عليها وإدارتها تحت إشراف الوزارة لعدم دستورية ذلك القرار، فأصدرته المحكمة بالفعل بحسبان أن الأمر الصادر

إلى وزير التجارة لا يعد صادرا إلى الرئيس الأمر الذى يشير إلى أن المحكمة تقبل إصدار أوامر المنع إلى من هو دون الرئيس من أعضاء السلطة التنفيذية (9).

المبحث الثالث

أسلوب الأحكام التقريرية "Declaratory Judgments"

عرف النظام الأمريكى طريقا ثالثا للطعن فى دستورية القوانين هو طريق دعوى تقرير الحقوق وهى التى تسمى فى الولايات المتحدة بالأحكام التقريرية، وفكرة الأحكام التقريرية تقوم على أساس من أن الأطراف غير الواثقة من حقوقها القانونية تريد من المحاكم أن تثبت وتحدد هذه الحقوق قبل أن يحدث إيذاء ما لها، ومن ثم فهى تضىء للمرء طريقه قبل أن يخطوه.

والأحكام التقريرية فى الأساس وسيلة من وسائل القانون الخاص وتقرر المحكمة المراكز القانونية للخصوم دون أن تعقب هذا التقرير بأى أمر تنفيذى، ولا يشترط أن تكون الشكوى من ضرر معين وقع أو وشيك الوقوع، إلا أن الحكم التقريرى يتمتع بما تتمتع به الأحكام من حجية الشيء المقضى ومن قيمته كسابقة قضائية (10).

وقبل سنة ١٩٢٤ كانت الأحكام التقريرية موجودة فى بريطانيا العظمى والهند واسكتلندا وكندا وأستراليا وبول عديدة، وكانت أكثر من ٢٤ ولاية أمريكية قد تبنتها، إلا أن المحكمة العليا لفظتها ومثال ذلك ما قرره المحكمة العليا فى قضية *Willing* (11) سنة ١٩٢٨ والتى تخلص وقائعهما فى أن جمعية ما استأجرت قطعة أرض لمدة طويلة وأقامت عليها قاعة احتفالات ورغبت الجمعية بعد ذلك فى هدم ذلك المبنى لإقامة مبنى حديث، وخلال المحادثات الودية مع أحد المؤجرين وهو المدعى *Willing* عبر المذكور عن اعتقاده فى عدم قانونية هذا الأمر ما لم يوافق المستأجرون جميعا، وبعد ذلك بعام رفعت الجمعية دعوى ضد المستأجرين جميعا لتقرير حقها فى الهدم والبناء، وهنا رأى القاضى برانديز الذى كتب حكم المحكمة أن الدعوى لا تمثل نزاعا حقيقيا إذ لا يوجد عمل عدائى ولا تهديد به وما يسمى إليه المدعى هو ببساطة مجرد الحصول على حكم تقريرى لحقوقه وهو مما لا تملكه المحكمة، ولا يوجد مدعى عليه قرر بخطأ المدعى أو هدهد إذا قام بالهدم وهكذا يفقد النزاع ماديته، حيث إن الدعوى الماثلة لم تنضج المحكمة طبقا لنص المادة الثالثة من الدستور.

وفى عام ١٩٢٤ صدر القانون الاتحادى للأحكام التقريرية مقرا أنه فى القضايا التى تنطوى على خصومة حقيقية تكون لمحاكم الولايات المتحدة أن تقرر حقوق ومراكز الأطراف الذين يطلبون منها ذلك، سواء أضافوا إلى طلبهم هذا طلب جزاء تعويضى أو لم يفعلوا ذلك، ويكون لما تقررره المحكمة فى ذلك ما للأحكام من حجية، ويجوز الطعن فيه على هذا الأساس.

وقد عرض هذا القانون للتطبيق أمام المحكمة العليا للمرة الأولى سنة ١٩٣٧ فقررت بحكمها المجمع عليه دستوريته (12).

وهكذا استقر مبدأ الأحكام التقريرية وأصبح عاديا استخدام المحكمة العليا لها فى غير مجال دستورية القوانين ومنها الحكم الشهير الصادر سنة ١٩٦٧ فى قضية النائب/كلاتون (13)، والذى

تخلص وقائعه في أن المذكور استبعده مجلس النواب من عضويته تأسيسا على أحكام الفقرة الخامسة من المادة الأولى من الدستور والتي تقرر أن « كل مجلس يكون حكما في انتخابات أعضائه ونتائجها والشروط اللازم توافرها فيهم. » ولما رفع المذكور دعواه ووصلت للمحكمة العليا دفع أمامها بعدم الاختصاص تأسيسا على أن بحث شروط العضوية من اختصاص مجلس النواب وحده ولا تستطيع المحكمة أن تلزم مجلس النواب بأمر ما ، وهنا رفضت المحكمة هذا الدفع وأصدرت حكما تقريريا غير منديل بالصيغة التنفيذية بالتزام المجلس بقيد «بالول» به بحسبانه تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها دستوريا والتي لا يستطيع الكونجرس تغييرها (14).

وبالنسبة لاستخدام المحكمة للأحكام التقريرية في مجال الرقابة على دستورية القوانين بعد تأكيدها لدستورية قانون الأحكام التقريرية، فإنه يبين من متابعة أحكام المحكمة العليا تحفظها الشديد في قبول الأحكام التقريرية كوسيلة لبحث دستورية القوانين مستددة لما يقرره قانون الأحكام التقريرية من جواز إصدار المحاكم لتلك الأحكام في أحوال الخصومات الحقيقية بين الأفراد ، وحتى تتجنب المحكمة إصدار آراء استشارية ، وهكذا يبدو ضالة قيمة الأحكام التقريرية كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين.

ويرى د. كمال أبو المجد خطأ مسلك المحكمة لأن الأحكام التقريرية في تقديره هي أنسب الطرق وأصلحها لممارسة الرقابة على القوانين ومرد ذلك أن القضاء في المسائل الدستورية ليس في معظم صورته إلا قضاء تقريريا، حتى في الأحوال التي يتخذ فيها صورة الأمر بمنع تنفيذ القانون ، أو القضاء بعدم دستوريته عند الدفع بذلك في خصومة موضوعية، إذ الواقع يثبت أن كل ما يهدف إليه أطراف النزاع في كثير من الصور هو التحقق من الوضع الدستوري لقانون أو لائحة معينة، وذلك حتى يرتبوا روابطهم ومراكزهم الخاصة على أساس هذا الوضع. أما التجاوزهم إلى الإجراءات التقليدية في عرض هذه المشكلة الدستورية فليس إلا نزولا عند حكم ما جرى عليه القضاء من اشتراط عرض المشكلة الدستورية في أحد هذه القوالب الإجرائية التقليدية (15).

ونرى عكس ما يراه أستاذنا إذ إن الخصومة الحقيقية هي التي تجعل الرقابة الدستورية رقابة في الموضوع وليست رقابة في الفراغ، والواقع وكما قرر القاضي بوجلاس عام ١٩٤١ أن الفارق بين ما يعد من الأمور المجردة أو النظرية وما يعد خصومة حقيقية بالمعنى المقصود في القانون ليس إلا فارقا في الدرجة، ومن العسير وضع معيار ثابت له يهتدى به في جميع القضايا المستقبلية فالمسألة إذا مسألة وقائع تفصل فيها المحكمة حسب ظروف كل قضية وملابساتها.

الفصل الثاني

كيفية تحريك الرقابة

أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر

تقسيم :

بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ لم يعد الدفع الفرعى هو الأسلوب الأوحد لتحريك دعوى الدستورية - كما هو الحال إبان عهد المحكمة العليا - وإنما أصبح هناك ثلاثة أساليب، أحدها هو أسلوب الدفع الفرعى والآخر هو أسلوب الإحالة من محكمة الموضوع والثالث هو أسلوب التصدى وذلك هو المستفاد من نص المادتين ٢٧ و٢٩ (١٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا. وهكذا فإنه لا يجوز البتة قبول الدعوى الأصلية (١٧).

وسوف نتناول كل طريقة من الطرق الثلاث السابقة تفصيلا في مبحث مستقل. وعلى ذلك ستكون دراستنا في هذا الفصل مقسمة على النحو التالى :

المبحث الأول : طريقة الدفع.

المطلب الأول : ماهية طريقة الدفع.

المطلب الثانى : ميعاد رفع الدعوى الدستورية.

الفرع الأول : كيفية تنظيم الميعاد.

الفرع الثانى : مد الميعاد ووقفه وقطعه.

المبحث الثانى : طريقة الإحالة.

المبحث الثالث : الهيئات ذات الاختصاص القضائى التى تتساوى مع المحاكم فى الأمر بالإحالة

والإذن برفع الدعوى الدستورية حال الدفع بها.

المطلب الأول : أمثلة للهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائى.

المطلب الثانى : أمثلة للجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى.
المطلب الثالث : معيار التمييز بين الهيئة القضائية واللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائى وفوائده.

الفرع الأول : معيار التمييز.

الفرع الثانى : فوائد التمييز.

المبحث الثالث : طريقة التصدى.

المطلب الأول : ضوابط التصدى.

المطلب الثانى : موقف المحكمة الحديث من حق التصدى.

المطلب الثالث : اختلاف فكرة التصدى عن فكرة السقوط.

المبحث الأول

طريقة الدفع

المطلب الأول

ماهية طريقة الدفع

هى أكثر الأساليب شيوعا لتحريك الدعوى الدستورية، وتكون بأن يدفع أمام قاضى الموضوع بعدم دستورية قانون أو لائحة ، وهنا لا يجب مبدئى الدفع إلى دفعه تلقائيا بل لابد أن يتأكد القاضى أولا من جدية الدفع.

ومعنى جدية الدفع أن يكون القانون أو اللائحة المظنون فى دستوريتهما متصل بموضوع النزاع أى أنه يمكن تطبيق أحدهما على الدعوى على أى وجه من الوجوه، وأن يكون هناك شك فى دستورية القانون أو اللائحة المطعون فى دستوريتهما ويعتبر الشك فى جانب عدم الدستورية.

ويرى د. رمزى الشاعر (18) أنه إذا قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع فلا يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تعقب على ذلك وهو الأمر الذى خالفته بحق المحكمة الدستورية العليا، عندما رأت أن تصريح محكمة الموضوع لمبدئى الدفع بعدم الدستورية قد ورد على غير محل نظرا لانطواء الدفع على تجهيل بالنصوص التشريعية المطعون عليها ورأت أنه يتعين دائما لاتصال الدعوى بها عن طريق الدفع الفرعى ، ألا يكون هذا الدفع مبهما وأن يكون تقدير محكمة الموضوع تأليا لبيان مضمونه، وهو ما قام الدليل على نقيضه (19).

و لا يطلب بالطبع من رافع الدعوى الدستورية أى دليل آخر لإثبات جدية دفعه غير التصريح له من جانب محكمة الموضوع برفع دعواه (20).

وقد كان قانون المحكمة العليا لا ينص على ميعاد لرفع الدعوى الدستورية وترك ذلك لترخص المحكمة ، وتلافى ذلك قانون المحكمة الدستورية العليا بأن وضع حدا أقصى لرفع الدعوى الدستورية

وهو ثلاثة أشهر أو ما تحدده محكمة الموضوع بما لا يزيد عن ثلاثة أشهر فإذا رفعت الدعوى الدستورية بعد ذلك فإنها تكون غير مقبولة، دون أن يؤثر ذلك على حق قاضي الموضوع⁽²¹⁾ في إحالة ذات النص المشكوك في دستوريته من تلقاء نفسه إلى المحكمة الدستورية العليا. وكان قانون المحكمة العليا يستلزم وقف الدعوى الأصلية عند قبول الدفع بعدم الدستورية من محكمة الموضوع، ومن ثم لم يكن من الممكن نظر الدعوى مجدداً إلا بعد تقديم طلب بتعجيلها عند توافر شروط التعجيل، فلما جاء قانون المحكمة الدستورية العليا استبدل التأجيل بالوقف ومن ثم لم تعد توجد حاجة لاتخاذ إجراءات تعجيل الدعوى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

هذا ووقف الدعوى الموضوعية في ظل نص البند (١) من المادة (٤٠) من قانون المحكمة العليا أو تأجيلها في ظل نص البند (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا لا يعتبر شرطاً لقبول الدعوى الدستورية وإنما هو نتيجة لتقدير جديّة الدفع، والدفع بعدم الدستورية ليس من الدفوع التي يخالطها واقع وإنما ينحل إلى ادعاء بمخالفة نص تشريعي لحكم الدستور ومن ثم يجوز أن يبدى لأول مرة أمام محكمة النقض⁽²²⁾ حيث أكلت المحكمة الدستورية العليا أنها "تعتبر من المحاكم التي عنتها المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي يجوز إثارة مثل هذا الدفع أمامها ذلك أن إعراضها عن بحثه على ضوء ظاهر الأمر فيه، بمقولة أن رقابتها منحصرة في مسائل القانون وحدها مؤداه أن يكون مرجعها في هذه الرقابة إلى النصوص التشريعية المعمول بها عند الفصل في الطعن المعروض عليها، ولو كانت معينة في ذاتها لمخالفتها للدستور، وهو ما يؤول إلى إنزالها لهذه النصوص دوماً على الواقعة التي حصلها الحكم المطعون فيه أياً كان وجه تعارضها مع الدستور، ويخل بضرورة أن تكون الشرعية الدستورية متكاملة حلقاتها وأن تكون لأحكام الدستور الصادرة على ما دونها في المرتبة، ولزم ذلك أن طيعة الرقابة القانونية التي تباشرها محكمة النقض على محكمة الموضوع، لا تحول بذاتها دون إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها، بل إن إجاتها ليصرها في هذا الدفع، يعكس جوهر رقابتها القانونية، ويعتبر أوثق اتصالاً بها، ذلك أن تقريرها ما إذا كان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته يعد لازماً أو غير لازم للفصل في الحقوق المدعى بها، وكذلك ما إذا كان التعارض الذي يثيره الدفع بين هذا النص وحكم في الدستور، يعد - من وجهة مبدئية - مفتقراً إلى ما يظاهاه أو مرتكناً إلى ما يبرره، كلاهما من مسائل القانون الذي يدخل الفصل فيها في ولاية محكمة النقض التي عهد إليها المشرع بمراقبة صحة تطبيقه على الوقائع التي خلص إليها الحكم المطعون فيه⁽²³⁾.

وإذا قررت محكمة الموضوع من تلقاء نفسها التصريح للمدعى برفع الدعوى الدستورية دون أن يكون ثمة دفع في هذا الخصوص من جانبه فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها⁽²⁴⁾.

المطلب الثاني

ميعاد رفع الدعوى الدستورية

الفرع الأول

كيفية تنظيم الميعاد

المواعيد هي الأجال التي حددها القانون لمباشرة الدعوى ويقصد بها ألا تظل الأوضاع والمراكز

القانونية غير مستقرة حتى لا تتأيد المنازعات، وقد تكون المواعيد ناقصة وهي تلك التي يجب أن يتخذ الإجراء خلالها والتي تنتهي بانتهاء اليوم الأخير منها، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة من أن «ميعاد رفع الدعوى فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوما من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به». وقد تكون المواعيد كاملة وهي التي يتعين أن تنقضى كاملة قبل اتخاذ الإجراء مثل الميعاد المنصوص عليه في المادة (٦٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية والمتعلق بميعاد الحضور، إذ تنص تلك المادة على أن ذلك الميعاد هو خمسة عشر يوما أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف وثمانية أيام أمام محكمة المواد الجزئية.

أما ميعاد رفع الدعوى الدستورية فهو لا يثار إلا في حالة الدفع بعدم الدستورية ولا يجوز أن يزيد هذا الميعاد بحال عن ثلاثة أشهر وهو من المواعيد الناقصة.

وإذا حددت المحكمة ميعادا يزيد عن ثلاثة أشهر أو لم تحدد ميعادا فيتعين على صاحب الشأن أن يقيم الدعوى خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وإلا قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى باعتبار ذلك الميعاد مقرر للمصلحة العامة ولنزع الكيد والماطلة عن طريق الدفع بعدم الدستورية (25).

وإذا قررت محكمة الموضوع ميعادا يقل عن الثلاثة أشهر فإنه يجب الالتزام بهذا الميعاد ولا يجوز مد هذا الميعاد فيما يجاوز الثلاثة أشهر بل إنه حتى في إطار تلك المدة تتشدد المحكمة الدستورية العليا، حيث قضت بأنه لا يجوز لتلك المحكمة أن تمنح الخصم الذي أثار المسألة الدستورية مهلة جديدة تتجاوز بها حدود الميعاد الذي ضربته ابتداء لرفع الدعوى الدستورية - ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول فإذا كان قد صدر عنها بعد فواته غدا ميعادا جديداً منقطع الصلة به ومجردا قانونا من كل أثر، ولا يجوز التعويل عليه بالتالي، بما مؤده أن معيار الاعتداد بالمهلة الجديدة أو إطراحها هو اتصالها بالمدة الأصلية أو انفصالها عنها، فكلما تقررت المهلة الجديدة قبل انقضاء المدة الأصلية فإنها تتداخل معها وتصبح جزءا منها وامتدادا لها وعلى نقيض ذلك أن يتم تجديد هذه المهلة بعد انتهاء المدة الأصلية إذ تغدو حينئذ منبئة الصلة بها غير مندمجة فيها أو واقعة في نطاقها (26).

ونرى في ذلك نوعا من التشدد غير اللازم إذ طالما أن محكمة الموضوع قبلت منح مهلة جديدة واقعة في إطار الثلاثة أشهر التي من سلطتها فإنه كان ينبغي التيسير وعدم التمسك بحرفية النص الذي ورد بالمادة (27) ٢٩/ب من قانون المحكمة والذي نص على أنه «... فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن»، إذ كان يمكن للمحكمة التيسير قليلا في هذا الشأن وتفسير النص من حيث غايته وهو منع التسويف والماطلة بحيث تفسر كلمة الميعاد بمدة الثلاثة أشهر كلها وسواء كان المد متصلا أو منفصلا، خاصة وأن الجزء جسيم وهو عدم قبول الدفع بعدم الدستورية من نفس المدعي في ذات الدعوى ثانية حتى ولو انتقلت الدعوى لمحكمة أخرى للاختصاص أو لدرجة أعلى، لذا فنحن نطالب المحكمة بمرونة أكبر في هذا الشأن.

الفرع الثاني

مد الميعاد ووقفه وقطعه

أولاً : مد الميعاد

يسرى على ميعاد رفع الدعوى الدستورية أحكام المد المنصوص عليها بقانون المرافعات والتي تكون فى حالتين :

أولها : إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية فهنا يمتد الميعاد إلى أول يوم عمل .

ثانيها المسافة : - إذ يجب مد المواعيد وفقاً لما تنص عليه المادة (١٦) من قانون المرافعات بأن يزيد يوم عن كل مسافة مقدارها خمسون كيلو متراً بين المكان الذى يجب الانتقال منه والمكان الذى يجب الانتقال إليه ، وما يزيد من الكسور عن ثلاثين كيلومتراً يضاف له يوم على الميعاد بما لا يجاوز أربعة أيام، ومن يقع موطنه فى مناطق الحدود فإن ميعاد المسافة بالنسبة إليه يكون خمسة عشر يوماً ، وهذا الميعاد موحد بالنسبة للمناطق الحدودية حتى ولو كان بعضها أقرب من بعض .

وقد ذهبت محكمة النقض (28) إلى أنه إذا كان ميعاد المسافة زيادة على أصل الميعاد فإنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه واحداً متواصل الأيام ، وتطبيقاً لذلك فإنه إذا كان الميعاد الأصلي لرفع الدعوى ثلاثة أشهر وأضيف إليه ميعاد مسافة أربعة أيام فإنه إذا تصادف وجود يوم جمعة فى آخر يوم فى الثلاثة أشهر فلا يعتد بها حيث إن هذه الإجازة الرسمية تكون واقعة حينئذ خلال الميعاد، أما إذا تصادف يوم الجمعة فى آخر يوم فى الميعادين معا (الأصلى + المسافة) أى فى اليوم الرابع بعد الثلاثة أشهر فإنه حينئذ فقط يمتد الميعاد لأول يوم عمل بعدها (29).

ثانياً ، وقف وقطع الميعاد

يوقف ميعاد رفع الدعوى الدستورية إذا وجد المدعى فى حالة يستحيل معه عليها رفع دعواه الدستورية وذلك كحالة الجنون ، إذ تعد من الأعذار التى ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة وقد يتحقق الوقف قبل سريان الميعاد فلا يسرى الميعاد بالمرّة حينئذ، وقد يحدث بعد سريانه فهنا يتوقف الميعاد ويعود للسريان بعد زوال الإيقاف لاستكمال المدة الناقصة .

أما انقطاع الميعاد فإنه يؤدى إلى إسقاط المدة السابقة منه وعدم الاعتداد بها ، وتطبيقاً لنص المادة (٥٤) (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا ينقطع الميعاد بتقديم طلب للإعفاء من الرسم القضائى والكفالة المقررين، ويظل الميعاد مقطوعاً حتى يصدر رئيس هيئة المفوضين قراراً فيه بالقبول أو الرفض ، وحينئذ يبدأ سريان ميعاد رفع الدعوى .

المبحث الثانى

طريقة الإحالة

وتكون بالتطبيق لنص المادة ٢٩/أ والذى يقرر أنه " إذا تراعى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم

للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة أو الهيئة العليا للفصل في المسألة الدستورية.

ونظرا لأن النص أورد لفظ محاكم مطلقا فيمكن أن تكون الإحالة التلقائية سالفة الذكر من أية محكمة مهما كانت درجتها، بإسالم القضائي، فبالنسبة للقضاء العادي يمكن أن تكون الإحالة من محكمة النقض أو الاستئناف أو المحكمة الأدنى من ذلك.

وبالنسبة لمجلس الدولة يمكن أن تكون الإحالة من المحكمة الإدارية العليا أو محكمة القضاء الإداري أو ما هو أدنى من ذلك (31).

ويمكن أن تكون الإحالة من أية هيئة قضائية ذات اختصاص قضائي ولا يجوز أن تكون الإحالة من غير ذلك كالجانب الإداري ذات الاختصاص القضائي على نحو ما سنشرحه بالمبحث المقبل.

هذا ولا تنقيد المحكمة الأعلى بموقف المحكمة الأدنى.

والإحالة السالفة ليست هي الإحالة المنصوص عليها بالمادة ١١٠ من قانون المرافعات والتي تنص على أنه إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى محليا أو نوعيا أو ولانيا فإنها تقضى بعدم اختصاصها وإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة.

وإذا قضت محكمة الموضوع بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة الدستورية العليا وفق أحكام الفقرة الأولى من المادة (٢٩) رغم أن المادة (٢٨) تنص على أن قرارات الإحالة تسرى عليها الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، إذ إن ذلك لا يكون وفق نص تلك المادة إلا بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها.

ولا اختلاف في وجود أوضاع خاصة بالمحكمة الدستورية العليا لاتصال الدعوى بها نصت عليهما المادتان ٢٩، ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا والذي هو قانون خاص يسرى في هذا الشأن ولا يسرى القانون العام « قانون المرافعات » إلا فيما يجاوز التعارض (32)، (33) بينه وبين القانون الخاص.

ونرى أن صدر المادة (٢٨) يؤكد هذا المعنى إذ حرص على أن يؤكد على أنه « فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل يسرى على قرارات الإحالة .. ».

وتحقق طريقة الإحالة بصورة مثلى الهدف من تقرير الرقابة الدستورية والمتمثل في التطبيق الصحيح لنصوص الدستور وإقرار المشروعية الدستورية بصرف النظر عن مصالح الخصوم الذين قد لا يجديهم تقرير عدم الدستورية في بعض الحالات أو لم يفتنوا للعوار الدستوري.

ولابد للإحالة أن يكون النص القانوني أو اللاتحي لازماً للفصل في النزاع المطروح على المحكمة أو الهيئة المحلية.

وهناك من يرى (34) أن تقدير ما سلف هو مما تستقل به محكمة الموضوع دون تعقيب عليها من المحكمة الدستورية العليا طالما أنها ستوقف الدعوى، والحقيقة أننا نرى غير ذلك إذ التعقيب قادم

لا محالة عندما تنتظر المحكمة الدستورية في شروط قبول الدعوى (كما سبق لنا ذكره) ولكن الذي لا يجوز له التعقيب حقيقة هو المحكمة الأعلى في السلم القضائي.

و يتميز طريقة الإحالة عن طريقة الدفع بأنها لا تحمل الخصم مشقة الدعوى الدستورية وتكاليفها وميعادها القصير نسبيا والذي بفواته يسقط الحق في إقامتها.

المبحث الثالث

الهيئات ذات الاختصاص القضائي التي تتساوى مع المحاكم في الأمر بالإحالة والإذن برفع الدعوى الدستورية

تمهيد :

إن فكرة الهيئات ذات الاختصاص القضائي التي تملك ما للمحاكم من مكثات بالنسبة لدستورية القوانين واللوائح تحتاج إلى كثير من التوضيح ، لذا رأينا أن نتعرض لها في هذا المبحث بصورة مسهبة على النحو التالي :

المطلب الأول

أمثلة للهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي

هناك هيئات قضائية عديدة تذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

١- اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي :

وهي لجنة تصدر قرارات قضائية⁽³⁵⁾ وليست إدارية وهذه اللجنة تم النص على اختصاصاتها بالمادة (١٣) مكررا من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والمادة (٩) من قانون حظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها والمادة (٢١) من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤. وكان قد صدر عدة أحكام تقرر الصفة القضائية للجنة الإصلاح الزراعي فقرر حكم محكمة النقض⁽³⁶⁾ أنه « إذا خص المشرع اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي بالفصل دون سواها في منازعات معينة مما يدخل في اختصاص المحاكم العادية فإن ذلك يعتبر من قبيل الاختصاص الوظيفي إذ تعتبر هذه الجهة القضائية المستحدثة جهة قضائية مستقلة بالنسبة لما خصها المشرع بنظرة من تلك المنازعات».

وقضت المحكمة الدستورية العليا⁽³⁷⁾ بأن مؤدى ما نصت عليه المادتان ١٣ مكررا من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعي و٢٧ من لائحته التنفيذية وما جاء بالملذكرات الإيضاحية للقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٢ والقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢، أن اللجنة القضائية

للإصلاح الزراعي هي جهة قضائية مستقلة عن جهتي القضاء العادي والإداري، أنشأها المشرع وخصها بالفصل دون سواها في المنازعات المتعلقة بقانون الإصلاح الزراعي ثم عهد إليها بعد ذلك بالفصل فيما ينشأ من منازعات من تطبيق أحكام القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها، وذلك باتباع إجراءات قضائية لها كافة سمات إجراءات التقاضي وضماناته وتؤدي إلى سرعة البت في هذه المنازعات حتى يحسم أمرها ويتحقق بذلك ما تنهيه المشرع من إصدار هذه التشريعات، وبالتالي فإن القرارات التي تصدرها هذه اللجنة تعتبر بحسب طبيعتها أحكاماً قضائية وليست قرارات إدارية .

ويعتبر قرار مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي والذي يعتمد قرارات اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي متداخلاً في عمل اللجنة ، ومن ثم يعتبر قراراً قضائياً ويحوز قوة الأمر المقضي .

٢- هيئات التحكيم الخاصة بالقطاع العام المنصوص عليها في القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣

لما اتسع نطاق شركات القطاع العام إثر إجراءات التأميم التي تمت في سنة ١٩٦١ وما بعدها، رأى المشرع أن ينشئ "هيئات" لنظر بعض المنازعات الخاصة بها، والقانون الذي كان ينظم هذه الهيئات هو قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٦ لسنة ١٩٧١، وقد ألغى هذا القانون بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ الخاص بهيئات القطاع العام وشركاته الذي عالج في الباب السابع منه (المواد من ٥٦ حتى ٦٩) أمر هيئات التحكيم المذكورة بإحداث تغيير جزئي في شأن هذه الهيئات.

وهذه الهيئات ليست هيئات إدارية بحال بل هي هيئات قضائية أي بمثابة محاكم تصدر أحكاماً ، وذلك يظهر جلياً من تتبع نصوص القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ الملغى ومن بعده القانون الحالي رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ وعلى الأخص المواد من ٦٣ إلى ٦٨ من القانون الأخير، إذ ترسم تلك المواد إجراءات يشعر المرء معها بأن المشرع قصد أن يجعلها بمثابة محاكم لا بمثابة هيئات إدارية.

٣- قرارات لجنة النقابة الفرعية للمحامين :

تنص المادة (٨٤) من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة (١٩٨٣) على أن «للمحامي إذا وقع خلاف بينه وبين موكله بشأن تحديد أتعابه - في حالة عدم الاتفاق كتابة عليها - أن يقدم إلى النقابة الفرعية التي يتبعها طلباً بما يحدده من أتعاب ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل للحضور أمامها لإبداء وجهة نظره.

وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامي وموكله فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما، فصلت في موضوع الطلب خلال ستين يوماً على الأكثر بقرار مسبب وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة.

وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما، فصلت في موضوع الطلب خلال ستين يوماً على الأكثر بقرار مسبب، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة.

وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما حرر محضر بذلك يوقع عليه الطرفان مع ممثلي النقابة الفرعية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بواسطة قاضي الأمور الوقتية المختص وبغير رسوم.

وقد سبق أن ذهبت محكمة النقض⁽³⁸⁾ في ظل القانون السابق للمحاماة بأن تلك اللجنة من

الهيئات ذات الاختصاص القضائي رغم خلو القانون صراحة من النص على ذلك.

٤- لجان الضباط بالقوات المسلحة :

تعتبر هيئات ذات اختصاص قضائي إذ نصت المادة الأولى من القانون ٩٦ لسنة ١٩٧١ على أن " تختص لجنة ضباط القوات المسلحة المنعقدة بصفة هيئة قضائية بون غيرها بالنظر في المنازعات الإدارية الخاصة بالقرارات النهائية التي تصدرها لجان الضباط بالقوات المسلحة. وتنشأ بكل فرع من أفرع القوات المسلحة لجنة قضائية تختص بون غيرها بالفصل في باقي المنازعات الإدارية الخاصة بضباط القوات المسلحة ويصدر بتنظيمها وتحديد اختصاصها قرار من رئيس الجمهورية".

ونصت المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٧٥ بتنظيم وتحديد اختصاصات اللجان القضائية لضباط القوات المسلحة على أن :

ينشأ بالقوات المسلحة اللجان القضائية لضباط القوات المسلحة الآتية:

أ- اللجنة القضائية لضباط القوات البرية

ب - اللجنة القضائية لضباط القوات البحرية

ج - اللجنة القضائية لضباط حرس الحدود

وقد سبق للمحكمة العليا " الدستورية " أن قضت بأن المصلحة العامة وطبيعة الأوضاع في القوات المسلحة تستلزم وضع المنازعات الإدارية الخاصة بأفراد هذه القوات في يد أسرتهم العسكرية باعتبارها القاضى الطبيعي لتلك المنازعات بالنظر إلى الصلة الوثيقة بين أداء الضابط لمهام وظيفته العسكرية وبين ما يصدر في شأنه من قرارات إدارية بدءا بقرار إلحاقه بالخدمة العسكرية ونهاية بقرار إنهاء تلك الخدمة ، واستجابة لذلك واستنادا إلى التفويض المخول للمشرع بالمادة (١٨٣) من الدستور التي تنص على أن (ينظم القانون القضاء العسكرى ويبين اختصاصاته في حدود المبادئ الواردة في الدستور) أنشأ المشرع لجنة ضباط القوات المسلحة بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٧١ المنعقدة بصفة هيئة قضائية للفصل في المنازعات بعد أن ضم إلى أعضائها مدير القضاء العسكرى ، وكفل للضباط حق الدفاع أمامها بإجراءات قضائية توفر الحماية اللازمة لحقوقهم ، وزودها بضمانات تكفل سلامة القرارات الصادرة منها في تلك المنازعة، فقد نصت المادة الثانية من هذا القرار بقانون على أن ينضم إلى عضوية تلك اللجنة - عند انعقادها بهيئة قضاء إدارى مدير القضاء العسكرى، ونصت الفقرة الأولى من المادة السادسة منه على وجوب إعلان الضابط المتظلم بتاريخ انعقاد اللجنة ومكانها قبل انعقادها بمدة لا تقل عن خمسة عشر يوما لإبداء دفاعه ، وأجازت الفقرة الثانية من ذات المادة منح الضابط المتظلم أجلا لتقديم دفاعه كتابة، وأوجبت المادتان الثامنة والتاسعة إصدار قرارات تلك اللجنة مسببة من واقع التقارير المودعة وما تجرى من تحقيقات وبعد المداولة سرا، سواء صدر قرارها بتأييد القرار المطعون فيه أو بإلغائه أو بتفويضه أو باستبداله أو بإيقاف تنفيذه على أن تصدر تلك القرارات بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، ومن حيث إنه لامرأ أن هذا التنظيم ينبئ عن حرص المشرع على أن يخلع الصفة القضائية على تلك اللجنة ويكفل في التقاضى أمامها الضمانات القضائية الواجبة ، ولم يغيب هذا المفهوم عن الهيئة التشريعية عند مناقشة ذلك التشريع على ما يبين من الاطلاع على مضبطين الجلسة الثالثة عشر لور الانعقاد

العادي الأول المعقود في يوم الاثنين ٧ من فبراير سنة ١٩٧٢ والجلسة الرابعة والثلاثين لهذا النور المعقودة يوم الأحد ٢٨ من مايو سنة ١٩٧٢ وما أثير فيها من مناقشات بشأن دستورية هذا القرار بقانون انتهت إلى إقراره بالإجماع ، ومتى تقرر تلك اللجنة الصفة القضائية فليس ثمة ما يمنع من النص على حظر الطعن فيما تصدره في المنازعات الإدارية المتعلقة بالضباط من قرارات قضائية إذ يعتبر التقاضي لدى تلك اللجنة حينئذ من درجة واحدة⁽³⁹⁾.

٥- مجلس تأديب القضاة وأعضاء مجلس الدولة :

يعتبر مجلس تأديب القضاة هيئة ذات اختصاص قضائي إذ مؤدى نصوص قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ أن الأحكام التي يصدرها مجلس تأديب القضاة نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن ومن ثم يخرج التعقيب عليها من دائرة اختصاص جهة القضاء الإداري، إذ ناط القانون ذلك بمجلس تأديب يشكل وفقا لحكم المادة (٩٨) من ذلك القانون وأضفى على قرارات هذا المجلس وصف الأحكام، ونصت المادة (١٠٧) منه على عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة من مجلس التأديب بأي طريق ومؤدى ذلك أن تلك الأحكام يخرج التعقيب عليها من دائرة اختصاص جهة القضاء الإداري⁽⁴⁰⁾.

وقضى بأن مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة يشكل من سبعة من أقدم أعضائه ويفصل في خصومة موضوعها الدعوى التأديبية وذلك بإعلان العضو بموضوع الدعوى والأدلة المؤيدة لها وتكليفه بالحضور أمامه وتمكينه من إبداء دفاعه وتحقيقه، ثم يحسم الأمر فيها بحكم مسبق تتلى أسبابه بعد النطق به، وهي جميعها إجراءات قضائية توفر لمن يمثل أمامه من أعضاء مجلس الدولة كل سبل الدفاع عن حقوقهم وتكفل لهم جميع ضمانات التقاضي، وبالتالي فإن مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة يعتبر هيئة قضائية عهد إليها المشرع باختصاص قضائي محدد ويكون ما يصدر عنه في هذا الشأن أحكاما قضائية وليست قرارات إدارية⁽⁴¹⁾.

وتعتبر أيضا هيئة ذات اختصاص قضائي لجنة التأديب والتظلمات بهيئة قضايا الدولة وكذا مجلس تأديب أعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي.

٦- اللجنتان الابتدائية والاستئنافية المنشأتان طبقا لأحكام القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ بفحص طلبات القسمة :

قضت المحكمة الدستورية العليا بأن « البين من أحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ ومذكرته الإيضاحية ، أن الأعيان التي كان مصرفها على غير جهات البر ، والتي اعتبر وقفها منتهايا بصور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، كان ينبغي توزيعها على المستحقين ، كل بقدر نصيبه ، باعتبار أنهم أصبحوا مالكيين لهذه الأنصبه ، إلا أن معظم هذه الأعيان لم تصل إلى أيدي مستحقيها بسبب شيوع أنصبتهم ، وما يقيمه بعض الحراس ، بل وبعض المستحقين ، من العوائق التي تحول دون إجراء القسمة. ولواجهة ذلك، صدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨ بقسمة الأعيان التي اعتبر وقفها منتهايا مستهدفا تقرير قواعد ميسرة تكفل بإصال الحقوق إلى المستحقين ، وتجنّبهم المنازعات والخصومات التي تنفر عن إجراءات التقاضي المعتادة والتي قد تعرض حقوقهم للضياع . إلا أن تطبيق هذا القانون أسفر عن تعقد إجراءاته وبطنها بالنظر إلى تعدد لجانه وتعدد إجراءاتها ومواعيدها .

ومن ثم فقد صدر القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ متوخيا تعديل أحكام القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه بما يكفل سرعة إنجاز عملية القسمة أو البيع - عند تعذر إجرائها - وبمراجعة أن تكون إجراءاتها مبسطة ، وبما يصون حقوق المتقاسمين - وغيرهم على السواء ، وفي هذا الإطار ، حدد القرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ كيفية إجراء القسمة في الأعيان التي اعتبر وقفها منتها ، فاستعاض عن القواعد الإجرائية المعقدة بلجنتين ، تختص إحداهما بفحص طلبات القسمة وتحقيق جديتها وإجرائها ، وكذلك بيع الأعيان التي تتعذر قسمتها ، وتختص أخرىها بالفصل في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها اللجنة الأولى ، سواء كان الاعتراض مبناه المنازعة في الاستحقاق أو تقويم الأعيان أو غير ذلك . وقد قيد المشرع هاتين اللجنتين بقواعد قانونية ألزمها باتباعها ، بعضها من طبيعة إجرائية هي تلك المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ومنها ما هو من طبيعة موضوعية تمثلها الأحكام التي تضمنها القانون المدني في شأن القسمة ، وكذلك ما تضمنه القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ من أحكام متعلقة بالوقف .

وتفصل هذه اللجان التي يغلب العنصر القضائي على تشكيلها فيما يعرض عليها مما يدخل في اختصاصها بعد إعلان أصحاب الشأن ببدء إجراءاتها ، وبما يكفل حقوق المتقاسمين والأغيار على السواء وفي إطار من الضمانات الرئيسية للنقاضى التي تنهى معها لكل من كان طرفا في إجراءات القسمة الفرص الكاملة لإبداء أقواله ومواجهة خصمه وتحقيق دفاعه ، بما مؤداه أن المشرع أقام هيتين نواتي اختصاص قضائي تعلو إحداهما أدناها ، وتتقيد كلتاهما بقواعد إجرائية وموضوعية لا تريم عنها ، وتتوافر في تشكيلها الحيطة التي تكفل غيبتها في مواجهة المتنازعين (42).

المطلب الثاني

أمثلة للجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي .

اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي ليس لها ما للهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي من إمكانيتي قبول الدفع والإحالة سالفتي الذكر .

والأمثلة عليها متعددة نذكر منها اللجنة التي أنشأها القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٦٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين والمنصوص عليها في المادة (١٣) من هذا القانون للفصل في المعارضات الخاصة بالتعويضات عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، وهي رغم أن تشكيلها يجعلها هيئة إدارية إلا أن المشرع حولها اختصاصا قضائيا معينا حين حولها الفصل في الخلاف الذي يقوم بين المصلحة القائمة بنزع الملكية ونوى الشأن على التعويضات .

وكذا نذكر أيضا لجان تقدير التعويض عن الأشياء المستولى عليها بمعرفة وزير التموين عملا بالفقرة (هـ) من المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين والمنصوص عليها في المادة (٤٧) من القانون المذكور .

وكذا اللجنة المنصوص عليها في المادة (١٦) من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة

الحقوق السياسية فى شأن القيد بجداول الانتخاب أو الحذف منها أو تصحيح البيانات الخاصة بالقيـد فى تلك الجداول .

هذا ويعتبر المجلس الأعلى للهيئات القضائية بحكم تشكيله كهيئة عليا لتشرف إشرافا إداريا على الهيئات القضائية يمارس وظيفة إدارية وقراراته تعتبر قرارات إدارية لا قضائية (43) .

المطلب الثالث

ثالثا معيار التمييز بين الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائى واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى (44) وفوائده .

الفرع الأول

معيار التمييز

الحق أنه كثيرا ما تصعب التفرقة بين الفئتين السالفتين، وذهب فريق إلى أن العبرة بالمعيار الموضوعى فالقرار يكون قضائيا كلما حسم خصومة بين طرفين حول مسألة قانونية وبالتالي يحوز قوة الشيء المحكوم فيه ، وأبلغ أية تدل على فساد هذا المعيار هو ما نصت عليه المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة فى فقرتها الثامنة من أن « تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :-

ثامنا: الطعون التى ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات قضائية لها اختصاص قضائى» فهذه المادة اعتبرت أن تلك القرارات إدارية رغم أنها تفصل فى خصومه.

ويذهب فريق آخر إلى الاعتداد بالمعيار الشكلى بالاعتداد بالهيئة التى أصدرت القرار فإن كانت تابعة للسلطة القضائية فالقرار قضائى وإن لم تكن فالقرار إدارى .

وهذا المعيار لا يصلح أيضا لاختلاط تشكيل الهيئات فى كثير من الأحيان ولذلك فمن الأفضل الدمج بين المعيارين معا .

ويذهب المستشار ، محمد نصر الدين كامل - ونحن معه - إلى أنه يتعين الرجوع إلى نصوص القانون المنظم للهيئة مصدره القرار والمبين لولايتها واختصاصها لتحسرس رغبة الشارع من مجموع هذه النصوص ومن روح التشريع، لتبين ما إذا كان يقصد إنشاء هيئة قضائية تصدر قرارات قضائية أم يرمى إلى خلق هيئة إدارية تصدر قرارات إدارية ، ومن القرائن التى تعاون فى التعرف على أن الهيئة قضائية وليست إدارية تشكيل تلك الهيئة من عناصر قضائية وكذا الإشارة إلى انعدام علاقة التبعية الرئاسية بينها وبين هيئات أخرى تقرض عليها الحكم على وجه معين ، وإخضاعها لضمانات وشكليات مقررة لصالح المتقاضين مما يتبع عادة أمام المحاكم ، كاشتراط علنية الجلسة ، وإعلان طرفى الخصومة للممثل أمام الهيئة ، وتمكينهم من توكيل محامين وتسبب القرارات التى تصدر منها ، وإلزامها بالبالت فى النزاع مادام قد رفع إليها، وتخويلها سلطة التحقيق وسماع الشهود

بعد حلف اليمين وتغريمهم عند تخلفهم، ونذب الخبراء ، والانتقال لإجراء المعايمة ، وتنظيم طريق الطعن فى قراراتها أو الإشارة إلى أن قراراتها تصدر نهائية .
وهذه كلها قرائن تقوم على المعيار الشكلى .

ومن القرائن التى تقوم على المعيار الموضوعى نص المشرع على أن تفصل الهيئة فى خصومات بين طرفين محددة حقوق المتنازعين ، وأن قرارها كاشف للحق وليس منشأ له .

هذا ويجب إعمال الفكر فى هذه القرائن مجتمعة واستلهاهم نصوص القانون وروحه للتوصل للتكييف القانونى الصحيح ، ويحدث أن يورد المشرع العديد من هذه القرائن سالفة الذكر ومع ذلك يبين من روح التشريع ومجمل نصوصه أنه قصد لإنشاء هيئة إدارية . فمثلا قد يشترط فى الهيئة الإدارية علانية جلساتها (كما فى المزايدات مثلا) أو وجوب تسبب قراراتها أو تشكيلها من عناصر قضائية (45).

وعلى العكس قد يتبين من مجموع النصوص أن المشرع قصد إنشاء هيئة قضائية لا إدارية بالرغم من نصه على أمور مما ترد عادة بصدد الهيئات الإدارية، كأن ينشئ محكمة ويدخل فى تشكيلها عناصر غير قضائية (46) أو يجعل الهيئة التى تنظر الطعن فى قراراتها أو التصديق عليها هى الوزير (47) .

هذا ورغم كل هذه المعايير إلا أنه لا زال الاختلاف ممكنا حول هيئة ما مثل لجنة الطعون المنصوص عليها فى قانون فرض مقابل تحسين العقارات التى يطرأ عليها التحسين، حيث ذهبت محكمة النقض والإدارية العليا إلى اعتبارها جهة إدارية ذات اختصاص قضائى .

بينما ذهبت المحكمة العليا «الدستورية» إلى اعتبارها هيئة قضائية ذات اختصاص قضائى وتبعتها فى ذلك المحكمة الدستورية العليا(48).

هذا وقد سنحت الفرصة للمحكمة الدستورية العليا أن تحدد فى حكم حديث لها معيار التمييز بين الأعمال القضائية وغيرها (49) .

وأكدت المحكمة فى أكثر من حكم لها بأن الهيئة ذات الاختصاص القضائى فى مفهوم المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية هى كل هيئة خولها المشرع سلطة الفصل فى خصومة بحكم تصدره بعد اتباع الإجراءات القضائية التى يحددها القانون (50) .

الفرع الثانى

فوائد التمييز

سوف نذكر مجموعة من الفوائد المترتبة على التمييز أولها يهمننا فى مجال تحريك الرقابة الدستورية وباقيتها مفيد لتفهم بعض الأمور الدستورية واختصاصات المحكمة الدستورية وذلك على النحو التالى : -

١ - إن الهيئة القضائية يمكن الدفع أمامها بعدم الدستورية كما يجوز لها إحالة النص التشريعى المشكوك فى دستوريته للمحكمة الدستورية العليا من تلقاء ذاتها وهو ما لا يجوز للجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائى .

٢ - يستطيع المشرع أن يجعل حكم الهيئة ذات الاختصاص القضائي نهائيا غير قابل للطعن عليه طالما عهد إليها بالفصل في عناصر النزاع جميعا - الواقعية منها والقانونية -⁽⁵¹⁾ ذلك أن قصر التقاضي في المسائل التي فصل فيها الحكم على درجة واحدة هو مما يستقل المشرع بتقديره ولا مخالفة دستورية فيه. وإذا سكت المشرع عن تنظيم الطعن على قرار الهيئة القضائية عد نهائيا.

٣ - وعلى نقيض ما ذكر في ثانيا فإن اللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائي لا يجوز أن يحصن المشرع قرارها من الطعن عليه وإلا اعتبر ذلك غير دستوري، وإذا سكت المشرع عن تنظيم الطعن كان الأمر حينئذ من اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضائية إدارية تطبيقا لنص المادة (١٠ / ٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ولا يجوز أن ينعقد الاختصاص بنظر الطعن لغير مجلس الدولة ما لم ير المشرع بنص خاص ذلك .

٤ - الجهات⁽⁵²⁾ أو الهيئات التي تتنازع الاختصاص فيما بينها - إيجابيا كان هذا التنازع أم سلبيا - هي التي منحها المشرع ولاية القضاء في نزاع معين ، وتتوافر لقراراتها القضائية في شأن هذا النزاع خصائص الأحكام ومقوماتها، وينطبق ذات الحكم بالنسبة للتنازع في تنفيذ الأحكام.

المبحث الرابع طريقة التصدي

المطلب الأول ضوابط التصدي

تمهيد:

نصت المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه « يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية».

ومفاد ذلك أن المشرع لم يكتف لتحريك دعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا بطريقتي الدفع والإحالة ولكن أضاف إليهما طريقة ثالثة هي طريقة التصدي، وهذا اتجاه محمود من المشرع بحسبان أن المحكمة الدستورية العليا تعتبر المحكمة ذات الولاية العامة والوحيدة في مجال دستورية القوانين واللوائح ومن ثم يتعين أن يسلم لها بحق القضاء بعدم دستورية أى نص يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، فضلا عن أنه من غير المستساغ أن يخول المشرع جميع المحاكم حق الإحالة بينما يحرم المحكمة الدستورية العليا صاحبة الولاية العامة من استعمال رخصة

التصدي، وبذلك يكون التصدي مكملا للدفع الفرعي ولحق الإحالة باعتبار أن هذه الصور حلقات ثلاث تتعاون جميعا في توكيد الشرعية الدستورية .

ومعنى التصدي هو أن المحكمة الدستورية لها إذا رأت حال مباشرتها لأي من اختصاصاتها المعروفة عدا التفسير (الدستورية، تنازع الاختصاص، تنازع التنفيذ)، أن نصا تشريعا في قانون أو لائحة يتصل بالنزاع المعروض عليها قد خالف الدستور، أن تحيل هذه المسألة إلى هيئة المفوضين لتحضير الدعوى وإعداد تقرير فيها، ثم تأخذ المسألة الدستورية مراحلها بعد ذلك بمعنى أن تعرض الأوراق على رئيس المحكمة الدستورية لتحديد جلسة أيتها الفصل في الدعوى الدستورية بعد ذلك (53).

والحقيقة أن استخدام المحكمة لرخصة التصدي لا يعنى القطع بأن النص الذي تصدى له غير دستوري إذ إن الأمر حينئذ لا يدعو أن يكون وجهة نظر مبدئية لا يعتد بها عند الفصل النهائي في دستورية النص.

وتتميز فكرة التصدي بالضوابط الآتية :

١- إنه إضافة لحق المحكمة في التصدي من تلقاء نفسها فإنه من حق الأفراد تنبيه المحكمة الدستورية لاستخدامه ، وليس كل الأفراد يحق لهم ذلك وإنما يقتصر الأمر فقط على أصحاب الصفة في النزاع المطروح على المحكمة، ويمكن أن يكون ذلك في صورة طلب يقدم للمحكمة كما يمكن أن يكون من ضمن المذكرات التي تقدم للمحكمة ، ويتصور أن يتم ذلك حالة ما إذا كانت المحكمة تمارس أيا من اختصاصاتها عدا التفسير إذ لا علاقة للأفراد بهذا الاختصاص.

وإن كان هذا لا ينفي حسبا يرى أحد الفقهاء (54) إمكان تصدى المحكمة من تلقاء نفسها لفحص دستورية النص المعروض أمر تفسيره، ونرى أن التفسير لا يمثل منازعة حقيقية وإنما هو مجرد طلب يقدم من وزارة العدل طبقا للمادة (٢٢) من قانون المحكمة ومن ثم فليس هناك نزاع يتيح التصدي وهو الأمر الذي أكدت مضمونه محكمتنا الدستورية في الدعوى رقم ٢ لسنة ١١ ق "تفسير" جلسة ٢١/١٠/١٩٩٥ والدعوى رقم ٤٧ لسنة ١٨ ق «دستورية» جلسة ١٧/٥/١٩٩٧ .

٢- يرى د / رمزي الشاعر (55) أن المشرع إذا استخدم لإعطاء الحق في التصدي للمحكمة الدستورية عبارة "بمناسبة ممارسة اختصاصها" فإن ذلك يعتبر رغبة من المشرع في التوسع في حالات التصدي إذ لو أراد المشرع التضييق لكان يجب عليه حينئذ استعمال اصطلاح "أثناء" بدلا من اصطلاح "بمناسبة" ، وعلى هذا فإن النظر في مدى قبول الدعوى أو عدم قبولها أو البحث في مدى توافر أي شرط من شروط الدعوى يعتبر « مناسبة » لاستخدام المحكمة الدستورية العليا لحقها في التصدي.

وقد رفضت المحكمة الدستورية العليا هذه الوجهة من النظر عند ما قضت بأنه « يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية، ذلك أن إعمال هذا الرخصة المقررة للمحكمة طبقا للمادة المذكورة منوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلا بنزاع مطروح عليها، فإذا انتفى قيام النزاع أمامها كما هو الحال في الدعوى الراهنة التي انتهت المحكمة من قبل إلى انتهاء الخصومة فيها فمن ثم لا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ استعمالها(56) .

كما انتهت المحكمة في حكم آخر إلى أنه " لا محل لما طلبه المدعيان من إعمال المحكمة لرخصة التصدي لعدم دستورية القرار بقانون المطعون عليه طبقاً لما تقضى به المادة (٢٧) من قانونها والتي تنص على أنه «... ذلك أن إعمال هذه الرخصة المقررة للمحكمة طبقاً للمادة المذكورة منوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلاً بنزاع مطروح عليها فإذا انتفى قيام النزاع أمامها كما هو الحال في الدعوى الراهنة التي انتهت المحكمة من قبل إلى عدم قبولها - فلا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ إعمالها⁽⁵⁷⁾».

ويلاحظ أن كلمة من قبل التي وردت بالحكمين السالفين لم يقصد بها الزمن الماضي ولكن ذات الحكم.

٤- في البداية كانت المحكمة الدستورية العليا ترى أن استعمالها لحق التصدي يكفي فيه أن تقوم مجرد صلة بين النص المعروض عليها والنص الآخر الذي تتصدى له، ولم تشترط أن يكون النص الذي يمتد إليه حق التصدي لازماً للفصل في موضوع النزاع المعروض عليها وذلك توسيعاً للرقابة وسلطات المحكمة، وقد تحقق هذا الأمر بحكم المحكمة في القضية⁽⁵⁸⁾ رقم ١٠ لسنة ١ ق والتي تتلخص في أن أحد أعضاء مجلس الدولة كان قد طعن أمام دائرة شئون الأعضاء بالمحكمة الإدارية العليا بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة والتي تحظر الطعن على قرارات النقل والندب، ولما وصلت القضية إلى المحكمة الدستورية العليا رأت أن الفقرة سالفة الإشارة تماثل تماماً الفقرة الأولى من المادة (٨٢) من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ والتي نصت على أن " تختص دوائر المواد المدنية والتجارية لمحكمة النقض من غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المطلقة بأي شأن من شئونهم وذلك عدا النقل والندب"، ومن ثم تصدت المحكمة لهذا النص الأخير وانتهت إلى القضاء بعدم دستورية كلا النصين السالفين تأسيساً على أنهما يحولان بين رجال القضاء والنيابة العامة ومجلس الدولة وبين الطعن على قرارات النقل والندب بما يخالف نص المادة (٦٨) من الدستور والتي تحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء.

ونرى خطأ هذا القضاء إذ النص المتصدى له لم يكن له أي أثر على موضوع النزاع، الأمر الذي يجعل رقابة المحكمة له رقابة تدور في الفراغ خلوا من أي أثر موضوعي، كما أن في ذلك التصدي تعطيلاً للقضاء بدون مبرر، إذ ما ذنب المدعي بالدعوى الدستورية في تعطيل دعواه الدستورية حتى تتصدى المحكمة لنص لا علاقة له به سوى أنه متشابه مع النص المنطبق على النزاع الموضوعي؛ ومن المعروف أن إجراءات التحضير تأخذ وقتاً غير قصير.

والمسألة الدستورية سواء نظر إليها عن طريق الدفع الفرعي أم الإحالة أم التصدي هي في جوهرها، وكنهها مسألة أولية للفصل في نزاع موضوعي ومن ثم فشقائها شأن المسائل الأولية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع الموضوعي، فإذا لم يكن استعمال المحكمة لحق التصدي لازماً للفصل في ذات النزاع المعروض عليها فلن ما تنتهي إليه المحكمة من عدم دستورية النص محل التصدي لا يعدو أن يكون في واقع الأمر تقريراً مجرداً لحكم الدستور في هذا الشأن⁽⁵⁹⁾.

المطلب الثاني

موقف المحكمة الحديث من حق التصدى

يبدو أن المحكمة أدركت تماما خطأ تصديها الذي تم بالحكم الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٨٢ لذا عدلت عن هذا الاتجاه وتبدو مظاهر هذا العلول فيمايلي:

أ - أن المحكمة لم تمارس حق التصدى المقرر لها قانونا منذ حكمها الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٨٢ وحتى حكمها الصادر بجلسة ١٥/١/١٩٩٧.

ب - لا اختلاف أنه ما بين الحكمين السابقين كان قد أتيح للمحكمة العديد من الفرص لتتمسك بفكرة التصدى المعيبة إن كانت مصرة عليها إلا أنها أجمعت.

ونذكر مثالا لذلك حكم المحكمة المتعلق بالضريبة على الاستهلاك إذ يقوم على مبادئ تصلح للتطبيق على قانون الضريبة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١ والذي ألقى في مادته الثانية القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ بشأن الضريبة على الاستهلاك، حيث أجاز نص المادة (٣) منه لرئيس الجمهورية تعديل سعر الضريبة على بعض السلع وتعديل الجدولين رقمي (١) ، (٢) المرافقين للقانون الأمر الذي يمثل تفويضا مفتوحا غير مقيد وإنشاء للضريبة في حدود القانون وليس بالقانون.

وخير ما فعلت المحكمة إذ إضافة للعيوب سالفة الذكر فإن التصدى بالمفهوم القديم يؤدي للاحتكاك ما بين المحكمة والسلطتين التشريعية والتنفيذية الأمر الذي قد يجلب على المحكمة أخطارا هي في غنى عنها، كما أن المفهوم القديم لا يتفق مع فكرة التقييد الذاتي.

ج - أتيح للمحكمة في حكم حديث لها صادر بجلسة (60) ١٦/١/١٩٩٧ أن تحدد المفهوم الحقيقي لفكرة التصدى وأن تعدل عن المفهوم القديم للتصدي بون أن تشير لهذا العلول صراحة، ولأهمية هذا الحكم في وضع الأسس الحديثة للتصدي فسوف نتناوله تفصيلا.

وتخلص وقائع هذا الحكم في أن المدعى - وهو مخرج سينمائي مقيد بجدول نقابة المهن السينمائية - كان قد أخرج مسرحية «حب في التخشيب» لصالح فرقة ثلاثي أضواء المسرح بون أن يكون مقيدا بنقابة المهن التمثيلية، وبغير أن يحصل على تصريح منها بذلك فأقام نقيبها ضده وبطريق الادعاء المباشر الجنحة رقم ٥٥١٠ لسنة ١٩٩٢ جنح الأزيكية طالبا - فضلا عن التعويض المؤقت - أن توقع عليه أقصى العقوبة المنصوص عليها في المادة ٥ (مكررا) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إنشاء نقابات واتحاد نقابات المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية.

وأمام المحكمة الجنائية دفع المدعى بعدم دستورية المادة (٥) من هذا القانون ، وذلك فيما تضمنته من قصر إخراج الأعمال المسرحية على المخرج المسرحي وقبلت المحكمة دفعه. وكانت المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٨ تنص على بيان بأعضاء كل من نقابة المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية.

ونصت المادة (٥) من هذه القانون على أن :

١ - ينشأ في كل نقابة من النقابات سالفة الذكر جدول عام يقيد فيه أسماء الأعضاء العاملين في النقابة.

٢ - ولا يجوز لأحد أن يشتغل بفنون المسرح أو السينما أو الموسيقى على النحو المنصوص عليه في المادة (٢) من هذا القانون ما لم يكن عضوا عاملا بالنقابة.

٣ - ويجوز لمجلس النقابة التصريح بصفة مؤقتة لعمل محدد أو لفترة محددة قابلة للتجديد لغير الأعضاء العاملين وذلك تيسيرا لإظهار المواهب الكبيرة الواعية والاستمرار الخبرات المتميزة، أو مراعاة لظروف الإنتاج المشترك أو تشجيعا للتبادل بين مصر والبلاد العربية وغيرها أو بسبب الندرة أو عدم وجود نظير من أعضاء النقابة لطالب التصريح. ولا يكسب هذا التصريح الطالب أى حق من الحقوق أو أى ميزة من الميزات المكفولة للأعضاء العاملين في هذا القانون.

٤ - وعلى طالب التصريح « مصريا كان أو أجنبيا » أن يؤدي إلى صندوق الإعانات والمعاشات بالنقابة رسما نسبيا مقداره ٢٠٪ من الأجور والمرتبات التي يحصل عليها نتيجة التصريح المؤقت.

وكانت المادة (٥) مكررا تنص على أن يعاقب بالحبس وغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين ، كل من زاول عملا من الأعمال المهنية المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون ولم يكن من المقيدين بجدول النقابة ، أو كان ممنوعا من مزاولة المهنة ما لم يكن حاصلًا على تصريح مؤقت للعمل طبقا للمادة (٥) من هذا القانون.

ولما كان الدفع أمام المحكمة الجنائية والدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية يتطلقان بعدم دستورية المادة (٢/٥) من القانون المذكور فقط ، وكانت الدعوى قد تم تحضيرها على أساس من ذلك وأودع فيها تقرير هيئة المفوضين، فقد رأت المحكمة إعادة الدعوى إلى هيئة المفوضين لاستكمال تحضيرها في شأن مدى دستورية الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة (٥) المطعون عليها ، وكذلك المادة (٥) مكررا من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه، وأوضحت المحكمة بعد ذلك في حكمها سبب هذا التصدى بأن الفصل في دستورية الفقرة الثانية من المادة (٥) - المطعون عليها - وثيق الصلة بفقرتها الثالثة والرابعة ، وكذلك بالمادة ٥ (مكررا) من هذا القانون وبغيرها من النصوص التي تضمنها مفصلا بها الشروط التي يتعين توافرها فيمن يزاولون الأعمال التمثيلية أو السينمائية وأحوال الاستثناء منها، وهكذا فإن أحكام هاتين المادتين متضامتين مع تلك الشروط ، تمثل جميعها منظومة متكاملة يتعين على هذه المحكمة أن تحيل بصرها على ضوء نظرة شاملة تحيط بها، وتتحدد على ضوءها دستوريته وإلا انفرط عقدُها وانماح مفهومها.

وعن التصدى أوضحت المحكمة في شأنه صراحة أنه « وحيث إن قضاء هذه المحكمة في شأن المادة (٢٧) من قانونها، التي تخولها الحكم بعدم دستوريته نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصها، ويتصل بالنزاع المعروض عليها، مؤداه أن مناط تطبيقها يفترض وجود خصومة أصلية طرح أمرها عليها وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانون إنشائها وأن ثمة علاقة منطقية تقوم بين هذه الخصومة ، وما قد يثار عرضا من تعلق الفصل في دستورية بعض النصوص القانونية لها.

ومن ثم تكون الخصومة الأصلية هي المقصودة بالتداعي أصلا، والفصل في دستورية النصوص القانونية التي تتصل بها عرضا، مبلورا للخصومة الفرعية التي تدور مع الخصومة الأصلية وجودا وعدما ، فلا تقبل إلا معها، وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة التي لا تعرض لدستورية النصوص القانونية التي تقوم عليها الخصومة الفرعية، إلا بقدر اتصالها بالخصومة الأصلية ، وبمناسبتها

وبشرط ذلك أن يكون تقرير بطلان هذه النصوص أو صحتها مؤثرا في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية أيا كان موضوعها أو أطرافها، بما مؤدها أن مباشرة هذه المحكمة لخصمتها المنصوص عليها في المادة (٢٧) من قانونها شرطها :

أولا : استيفاء الخصومة الأصلية لشروط قبولها، وثانيا اتصال بعض النصوص القانونية عرضا بها، وثالثا تأثير الفصل في دستوريته في محصلتها النهائية. وهكذا نرى أن المحكمة بهذا الحكم القيم وضعت مفهوم التصدي في مقامه الصحيح بوصفه خصومة فرعية تتصل بخصومة أصلية، لا يشترط أن تكون حول دستورية نص تشريعي، ويتأثر الفصل في دستورية الخصومة الفرعية في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية.

ويستفاد من الحكم الآنف مايلي :

١ - إن الخصومة الأصلية إذا كانت خصومة دستورية فيجب ألا يكون مقطوعا بصحة وجهة نظر المدعي الدستوري أو محكمة الإحالة، أي ألا يكون مقطوعا بعدم دستورية النص المطعون عليه أو المحال لأنه إن كان كذلك فلا داع للتصدي الذي يعطل حقيقة الفصل في الخصومة الأصلية، لأنه إن أل فرضا إلى عدم الدستورية فلا توجد فائدة ماستترتب على ذلك في الخصومة الأصلية، وهذا يبين مما انتهت إليه المحكمة في الحكم الآنف إذ إنها رأت - للأسباب التفصيلية الواردة بالحكم - عدم صحة ما نعاه المدعي الدستوري من عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الخامسة المطعون عليها، إلا أنها رأت في ذات الوقت إمكانية تحقيق مصلحة المدعي من وجهة أخرى عن طريق التصدي.

٢- إن التصدي لا يعني القطع بأن المحكمة ستنتهي إلى عدم دستورية كافة النصوص المتصدي لها إذ يبين من حكم المحكمة الآنف أنها وإن تصدت من ضمن النصوص المتصدي لها لنص الفقرة الثالثة من المادة (٥) فإنها لم تقض بعدم دستوريته، وإنما انتهت فحسب إلى عدم دستورية الفقرة الرابعة من المادة (٥) وأيضا المادة (٥) مكررا باعتبار أن الرسم النسبي على الأجور والمرتببات نتيجة التصريح المؤقت يمثل عدوانا على حق العمل والانفراد بعائده ، وكذا فإن العقوبة الجنائية التي انتظمها القانون وهي عبارة عن الحبس والغرامة أو إحداهما - على إطلاق - دون قيد يتعلق بالحد الأقصى أيهما يمثل عبئا باهظا على أعمال الإبداع، إذ إن قيود التنظيم النقابي لا يجوز إنفاذها من خلال جزاء جنائي يقيد الحرية الشخصية اعتسافا.

٣- قد يرى قائل أن مفاد الحكم السالف أن المحكمة تستطيع أن تتصدي للنصوص التي تحقق المصلحة الحقيقية للخصم في دعواه الموضوعية حتى لو كان النص المطعون عليه أو المحال لا يحققها، وهنا يمكن الرد بما قضت به المحكمة من أن التصدي مشروط بأن تكون الخصومة الأصلية الدستورية مقبولة وهو الأمر الذي ينتقى حال كون النص المطعون عليه أو المحال لا يحقق مصلحة أو فائدة في الخصومة الموضوعية، إذ لا يوجد حينئذ نزاع معروض على المحكمة الدستورية.

ويتطبيق ذلك على الحكم الآنف كانت تبجو مصلحة المدعي الدستوري في الطعن على المادة (٢/٥) من القانون بحسبان أنه لا يجوز وضع قيود تنظيمية على الإبداع الفني ليصل بالطبع إلى أن الركن المادي للجريمة لا يصلح محلا للتأنيم فرأت المحكمة أن التنظيم النقابي في ذاته جائز إلا أنه لايجوز السماح لغير الأعضاء بالعمل مقابل اقتطاع مبلغ كبير من دخولهم من ناحية ومن ناحية

أخرى لا يجوز إنفاذ هذا التنظيم عن طريق الجزاء الجنائي الذي يصل لحد تقييد الحرية، مما يفيد أن المحكمة تسمح بتوقيع عقوبة الغرامة لو كان لها حد أقصى أو اقتضاء حقوق النقابة بالطريق المدني (التعويض).

وهكذا تحققت مصلحة المدعي الدستوري من هذا التصدي لأنه برىء بالطبع من الاتهام الجنائي ، وقد كان هذا هو قصده لولا أنه وليج طريقا لا يؤدي موضوعيا إليه.

المطلب الثالث

اختلاف فكرة التصدي عن فكرة السقوط

تختلف فكرة التصدي لنص ما عن فكرة سقوط النصوص المرتبطة بالنص المقضى بعدم دستوريته، إذ كثيرا ما تجد المحكمة أن هناك نصوصا من المستحيل بقاؤها مع القضاء بعدم دستورية نص ما لذا فإنها تحكم بسقوط تلك النصوص.

هذا والنص الباطل « المقضى بعدم دستوريته » يختلف عن النص الساقط في أن أولهما فحصته المحكمة الدستورية وانتهت إلى عدم دستوريته بينما الثاني لم يخضع للفحص كالأخر، كما أن النص الباطل معيب في ذاته بينما النص الساقط معيب في ارتباطه بغيره أي في ارتباطه بالنص غير الدستوري .

هذا والنص المقضى بسقوطه لا يقتضي اتخاذ إجراءات التحضير بشأنه. ومن أمثلة قضاء المحكمة بالسقوط ما قضت به المحكمة من أنه «متى كانت هذه المحكمة قد انتهت إلى عدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١٩٩١ لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ وكانت المادة الثانية تتناول الأثر الرجعي لهذا القانون بنصها على سريان أحكامه اعتبارا من أول يوليو ١٩٨٧ ، فإنها تسقط تبعا لإبطال مادته الأولى إذا لا يتصور وجودها مستقلة عنها بالنظر إلى ارتباطهما ارتباطا لا يقبل التجزئة» (61)، (62).

ولعل حكم المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بضريبة الاستهلاك هو أكثرها توضيحا لمعنى السقوط حيث كانت المادة الثانية من قانون ضريبة الاستهلاك الصادر بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٨١ تنص على مايلي:

فقرة أولى تفرض الضريبة على السلع الواردة بالجدول المرافق لهذا القانون بالفئات الموضحة قرين كل منها .

فقرة ثانية ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية تعديل هذا الجدول على أن يعرض القرار على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره إذا كان المجلس قائما ، أو في أول اجتماع له في حالة حل المجلس أو وقف جلساته.

فقرة ثالثة فإذا لم يقره المجلس ألغى القرار مع اعتبار ما تم تحصيله قبل الإلغاء صحيحا .

واستنادا للفقرة الثانية المذكورة صدر قرارا رئيس الجمهورية ٢٦٠ لسنة ١٩٨٢ و ١٢٧ لسنة ١٩٨٦ .

ولما كانت المحكمة قد انتهت الى عدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الضريبة على الاستهلاك فيما قرره من تخويل رئيس الجمهورية تعديل جدول الضريبة على الاستهلاك وذلك للأسباب التفصيلية المذكورة بالحكم⁽⁶³⁾ فقد تبين للمحكمة أن باقى أحكام الفقرة الثانية المذكورة وكذا الفقرة الثالثة وقرارى رئيس الجمهورية ٣٦٠ لسنة ٩٨٢، ١٣٧ لسنة ١٩٨٦ مرتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالنص المقتضى بعدم دستوريته لهذا قضت المحكمة بسقوطهم⁽⁶⁴⁾.

الفصل الثالث

الرقابة أمام المحكمة العليا الأمريكية وارتباطها بالقضية

تقسيم :

حتى تقوم المحكمة العليا بدورها الدستوري فلا بد أن يكون أمامها قضية ما تصل إليها في إطار التنظيم القضائي، ووصول القضية إلى المحكمة العليا يحتاج عملاً إيجابياً بلا جدال ، ومجهوداً لا بد من بذله ، ويتداخل في ذلك العديد من العوامل ، والتي لها تأثير يقل أو يكبر - بحسب الأحوال - في تحديد جنول أعمال المحكمة.

وهذه العوامل منها ما يرجع إلى الدولة ممثلة في الكونجرس والمحكمة ذاتها، ومنها ما يرجع إلى غير الدولة ممثلة في دور الخصوم والمحامين وجماعات المصالح .

ويعد أن تتحدد أعمال المحكمة وتصل القضية بالفعل إليها فإن هناك إجراءات تتخذها المحكمة للبت فيها، وسوف نركز في هذا الفصل - منعا من الإطالة - على أمرين اثنين لا ثالث لهما نبحث أولهما في المبحث الأول وثانيهما في المبحث الثاني على النحو التالي :

المبحث الأول : التنظيم القضائي .

المطلب الأول : التنظيم القضائي لمحاكم الولايات .

المطلب الثاني : التنظيم القضائي للمحاكم الفيدرالية .

المبحث الثاني : الإجراءات المتخذة من المحكمة للبت في الأمر.

المطلب الأول : تنوع قرارات المحكمة العليا فيما يصلها من قضايا.

المطلب الثاني : إجراءات البت في مدى قبول القضية.

المبحث الأول

التنظيم القضائي

تصل القضية إلى المحكمة العليا الأمريكية من خلال نظام قضائي محدد، لذا رأينا أن نتناول - بصورة موجزة - التنظيم القضائي لمحاكم الولايات في المطلب الأول والتنظيم القضائي للمحاكم الفيدرالية في المطلب الثاني .

المطلب الأول

التنظيم القضائي لمحاكم الولايات (65)

يوجد بكل ولاية محاكم ابتدائية لها دوائر اختصاص عام وتطلق عليها أسماء مثل المحاكم العليا ومحاكم المناطق المتنقلة أو الدورية ومحاكم الدعاوى المدنية، ويرأس هذه المحاكم قاض واحد يتمتع عادة بالكفاءة التي تمكنه من نظر جميع القضايا المدنية كانت أو جنائية والتي لا تكون من اختصاص المحاكم الخاصة .

وتوجد أيضا المحاكم الخاصة وهي ذات اختصاص محدود مثل المحاكم الجنائية والمحاكم الخاصة بالأحوال المدنية ومحاكم الأطفال أو الأحداث ومحاكم إثبات الوصاية وأموال القاصرين، وذلك إضافة للمحاكم ذات الاختصاص الأقل شأنًا والتي تنظر في القضايا البسيطة مثل محاكم المقاطعات والبلديات والمخالفات البسيطة والشرطة .

وفي أعلى السلم القضائي في الولايات توجد محكمة الاستئناف العليا وإن كانت في بعض الولايات تعرف بأسماء أخرى مثل محكمة الاستئناف بولاية نيويورك وهي في حقيقتها المحكمة العليا للولاية ، وعدد القضاة بها يتراوح من خمسة إلى تسعة .

المطلب الثاني

التنظيم القضائي للمحاكم الفيدرالية

لما كان واضعو الدستور تركوا للمكونجس مهمة إنشاء المحاكم الفيدرالية الدنيا فقد أضفى ذلك على النظام الفيدرالي المرونة ومنحه فرصة التجربة، وتوجد ثلاثة مستويات للمحاكم أولها محاكم المقاطعات وأوسطها محاكم الاستئناف وأعلاها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية ، ومحاكم المقاطعات هي المحاكم الابتدائية ذات الاختصاص العام بالقضايا المدنية والجنائية بما في ذلك القضايا الخاصة بديوان البحرية وتراجع تلك المحاكم قرارات بعض الهيئات الإدارية الفيدرالية ، ويوجد تسعون محكمة من محاكم المقاطعات في الولايات الخمسين إضافة إلى واحدة تختص بمقاطعة كولومبيا، وبعض الولايات الصغرى بها محكمة واحدة بينما تصل محاكم المقاطعات إلى أربع في الولايات الكبرى وتشكل عادة من قاض واحد (66).

وتقدم القضايا المستأنفة من محاكم المقاطعات عادة إلى محكمة الاستئناف الخاصة بتلك المحكمة

، وفي حالات نادرة تستأنف القضية لدى المحكمة العليا مباشرة ، و يوجد اثنتا عشرة دائرة قضائية إحدى عشر منها لتغطية التقسيمات الجغرافية للولايات المتحدة والأخيرة خاصة بمقاطعة كولومبيا وحدها. وهذه النوائر هي محاكم الاستئناف المتوسطة في النظام القضائي الفيدرالي ونادرا ما تراجع أحكامها من قبل المحكمة العليا، ومن ثم فإن تلك المحاكم تعتبر محاكم عليا ومرجعا أخيرا لكثير من القضايا الفيدرالية .

وتراجع تلك المحاكم إضافة للاختصاص المنصوص عليه سلفا قرارات بعض الهيئات الإدارية الفيدرالية مثل مجلس العلاقات العمالية الوطني، وعادة ما تشكل محاكم الاستئناف من ثلاثة قضاة . وأخيرا توجد على القمة المحكمة العليا والتي استقر تشكيلها منذ عام ١٨٦٩ على تسعة قضاة (67).

وبموجب الدستور فإن للمحكمة العليا اختصاص أصلى في بعض أنواع من القضايا إضافة للقضاء الاستئنافي الذي يترك تحديده للكونجرس.

وبمعنى آخر فإن هناك قضايا تجبر المحكمة على نظرها وهناك قضايا يكون لها حق الاختيار بصدها، والقضايا التي تلزم المحكمة بنظرها مستمدة من نص الدستور الأمريكي في المادة الثالثة (68) في فقرتها الثانية، وينقسم القضاء الإلزامي إلى قضاء إلزامي أصلى « ابتدائي » وذلك كما هو الحال بالنسبة للنزاع بين الولايات ، وليس من المستحيل حدوث ذلك فقد حدث بين الولايات الغربية حول حقوق المياه، وقضاء إلزامي غير أصلى كما هو الحال بالنسبة لسلطاتها بالنسبة للقضايا المستأنفة أمامها.

وبالنسبة للقضاء الأصلي فإن المحكمة تنظر القضية مباشرة دون أن تنتظرها محكمة أدنى لذلك فإنه إذا كان هناك خلاف حول الوقائع في قضية من هذا النوع فإنه يعين لها قاض لتولى تحقيقها ويكتب في النهاية تقريراً بما يرى القضاء به.

وبالنسبة للقضاء الإلزامي الاستئنافي فإن قضاياها تأخذ وقتا كبيرا من المحكمة إذا كانت ستقضى فيها جميعها بمعاملة تامة ، ولكن القضاة يعتبرون العديد منها مضية للوقت ، لذا فإن المحكمة تستخدم طريقة المعاملة المختصرة - التي سنوضحها بالمبحث المقبل - لتخلص منها في وقت سريع وبون إخلال بمتطلبات الإلزام.

والأشخاص الذين يستأنفون الأحكام أمام المحكمة العليا عليهم أن يوضحوا لماذا تستأهل قضيتهم النظر من المحكمة ويمكن لخصومهم أن يطلبوا رفض الاستئناف وفق أسس كثيرة منها وجود عيوب إجرائية أو عدم علاقة القانون الفيدرالي بالقضية ، وقد يطلب هؤلاء الخصوم تأكيد قرار المحكمة الأدنى باختصار، وحوالي ٧٠٪ من كل الاستئنافات المقدمة للمحكمة يقضى فيها إما بالرفض أو بالتأكيد المختصر لحكم المحكمة الأدنى .

هذا والقضاء الاختياري للمحكمة العليا يستمد مما يسمى (certiorari) أى الإعلام القضائي وهو عبارة عن تظلم مسبق يقدمه صاحب الشأن للمحكمة العليا طالبا إصدار أمرها إلى المحكمة الأدنى لتسليم ملف القضية التي تخصه إليها لإعادة النظر فيها ، وإذا اقتصت (69) المحكمة العليا بذلك فإنها تصدر أمرها للمحكمة الدنيا بتسليم ملف القضية .

كما يأتي القضاء الاختياري للمحكمة مما يسمى (habeas Corpus) وهو عبارة عن تظلم من المحبوسين يقدم للمحكمة العليا ، والقصد منه حماية الأفراد من الحبس غير المشروع.

المبحث الثاني

الإجراءات المتخذة من المحكمة للبت في الأمر

المطلب الأول

تنوع قرارات المحكمة العليا فيما يصلها من قضايا

إن المحكمة العليا تكون بالخيار بين ثلاثة (70) أمور على النحو التالي :

١- قد ترفض النظر في القضية وهذا هو الحادث في الغالبية العظمى من القضايا فنجد أنه في دورة المحكمة سنة ١٩٨٢ قضى في حوالي ٩٣٪ من القضايا بالرفض.

٢- قد تقبل المحكمة أن تعطى للقضية معاملة تامة وهي ما يطلق عليه (full treatment) بما يعنى الاستماع إلى المناقشات الشفوية في القضية وإعطائها حكماً مسبباً براء كاملة للقضاة.

٣- قد تلجأ المحكمة إلى قبول القضية ولكن لا تعطىها معاملة تامة كما في الحالة الثانية فتحكم في القضية بدون مجادلات شفوية وتصدر في هذه القضية قراراً لا يعتبر حكماً في حقيقته إذ هو عبارة عن رأي عن طريق المحكمة (per curiam) ولا يوقع من القضاة.

والفرقة بين الحالتين الثانية والثالثة شديدة الأهمية إذ تقرر المحكمة في القضية بالطريقة الثالثة وهي طريقة المعاملة غير التامة في حوالي ثلث أو نصف القضايا التي تقبل البت فيها، وتلجأ المحكمة لهذه الطريقة لعدة أسباب قد يكون منها أن أعضاء المحكمة قد يشعرون برغبتهم في التقرير في مسألة صغرى حول قانون الضرائب انقسمت بصدها المحاكم ولكن المرافعة الشفوية والرأي الكامل قد يبدو غير ضروري ، وقد تكون هناك بعض القضايا والتي تثير مسائل قانونية سبق للمحكمة البت فيها بمعاملة كاملة فمن ثم ترى المحكمة أنه من الأنسب البت فيها بطريقة مختصرة، والمحكمة عندما تقبل القضية بمعاملة مختصرة قد لا تكون دائماً مجمعة على ذلك، فنجد أن القاضي ستيفنز قاد كلاً من القاضيين بريين ومارشال للاحتجاج على كثرة استخدام هذه الطريقة وذلك لإلغاء الأحكام المتحررة التي قضت بها المحاكم الدنيا رغم أن بعض هذه القضايا كان يستأهل قراراً بالمعاملة التامة نظراً لأهميتها أو لتعقدها بما يلتزم المراجعة الشفوية لاستيضاح الأمور ، كما أن بعض القضايا من هذه النوعية كانت من التقاهة بحيث كانت تستأهل الرفض.

هذا وقد لاحظ القاضي ستيفنز أن المحكمة استخدمت فكرة القرارات المختصرة في تسع عشرة قضية جنائية كانت تتناول مسائل متعلقة بالحقوق الدستورية وقد ألغت المحكمة العليا في هذه

القضايا أحكام المحاكم الدنيا والتي كانت لصالح المتهمين . وأكد ستيفنز أن ذلك لا يتفق مع النور الأساسي للمحكمة كحامية للمواطنين وأن المحكمة بفعلتها هذه تشبه حارس السجن أو وكيل النيابة وهو ما لا يجب أن تكون عليه.

ويلاحظ من الناحية القانونية أن رفض المحكمة إصدار أوامر الإحضار للأشخاص المحبوسين لمراجعة أسباب حبسهم أو للقضية ليس له أى قيمة كسابقة، بينما نجد أن حكم المحكمة بالرفض أو التأييد المختصر للاستئنافات له بعض القيمة كسابقة، مع ملاحظة أن الحكم الأخير وإن اعتبر قانوناً ومن الناحية الفنية قراراً بجدارة القضية للنظر إلا أنه فى حقيقته ومن الناحية العملية يمثل رفضاً لسماع القضية وليس معاملة غير تامة لها.

المطلب الثانى

إجراءات البت فى مدى قبول القضية

بداية كانت القضايا المطلوب نظرها من المحكمة العليا قليلة العدد فكانت تنظر كل قضية على حدة لكن مع ازدياد حجم القضايا أدخل رئيس القضاة هيوز طريقة مؤداها عمل كشف خاص بالقضايا التى لا تستأهل النظر، والذي يعد هذا الكشف هم مساعدو رئيس القضاة ويوافق عليه رئيس القضاة وإذا لم يعترض قاض على ذلك الكشف فإن تلك القضايا تعتبر مرفوضة.

وخلال السبعينات انعكس الوضع فأصبح هناك قائمة بالقضايا التى تستأهل المناقشة وغيرها من القضايا تعتبر قد رفضت تلقائياً ما لم يطلب قاض آخر إضافة قضية ما إلى كشف المناقشة . وعادة ما يلجأ القضاة المختلفون مع رئيس القضاة وبمساعدة مساعديهم (clerks) إلى فحص القضايا التى أسقطت من كشف المناقشة وقد يقومون بالاعتراض على بعضها وعندئذ توضع فى الكشف وقد يحدث ويوافق على نظرها .

وفى مؤتمر القضاة يتم التصويت على تلك القضايا الموضوعة فى الكشف، ويقدم رئيس القضاة فى كل قضية ملخصاً لها ثم يبدأ القضاة الآخرون فى الكلام حسب الأقدمية، وإذا ظهر أن اتجاهات القضاة غير واضحة يتم التصويت على قبول القضية فإذا حصلت على أربعة أصوات تم قبولها وإن لم تحصل يمكن للقضاة الذين يؤيدونها أن يطلبوا إعادة التصويت عليها فى المؤتمر القادم.

هذا ويلاحظ أن المناقشة الموجهة لا تغير من وجهة النظر عادة لكن القاضى برين⁽⁷¹⁾ ذكر أنه يمكن لقاض أن يقنع ثلاثة من زملائه بقبول القضية، ويعد شائعاً أن يقرض قاض صوته لثلاثة من زملائه لديهم الرغبة فى الاستماع للقضية . وعلى ذلك يمكن القول إن القرار بوضع القضية على كشف المناقشة يضمن أن توضع فى الاعتبار لكنه لا يضمن قبولها .

وعندما يقرر المؤتمر قبول قضية فهو يقرر ما إذا كانت ستأخذ معاملة تامة أو غير تامة .

وعندما يقرر المؤتمر منح القضية معاملة غير تامة فيمكن أن يتم الفصل فيها فى نفس المؤتمر .

وبالنسبة للقضايا الأخرى فإن قرار قبول القضية أو رفض قبولها يعلن بصورة مختصرة فى مذكرة ، وعادة ما لا تعلن آراء كل قاض بصفة شخصية، ولكن زاد نسبياً فى الفترة الأخيرة تسجيل القاضى لآرائه الشخصى المحتج على رفض قبول قضية ما . هذا ويمثل القاضيان برين ومارشال

المثال الصارخ لذلك وخاصة بالنسبة للقضايا الخاصة بعقوبة الإعدام حيث عبرنا عن ضرورة إلغاء هذه العقوبة لعدم دستورتيتها. وقد يحدث أن يكتب قاض رأيته المؤيد لإنكار إصدار أمر إحضار لقضية ما (certiorari) وذلك مقابلة للرأي المحتج . ومن النادر جداً أن يكتب رأياً لتأييد قرار قبول قضية ما (72) .

الفصل الرابع

شروط قبول الدعوى الدستورية فى مصر

تقسيم :

بادئ ذى بدء فإن ولاية محكمة الموضوع تنحصر بالضرورة فى المسائل التى ناطها المشرع بها ولا تمتد إلى ما يدخل - بنص الدستور أو القانون - فى ولاية جهة أخرى وإلا كان ذلك عدوانا عليها، وليس من بين المهام التى اختص المشرع بها محكمة الموضوع الفصل فى توافر الشروط التى تتطلبها قانون المحكمة الدستورية العليا لاتصال الدعوى الدستورية بها وفقا للأوضاع المقررة أمامها، ذلك أن هذه الأوضاع التى يتصل تطبيقها بالنظام العام إنما تتناول التنظيم الإجرائى للخصومة التى تطرح عليها و هى بذلك ترتبط بشرائط قبولها ومن بينها المصلحة للفصل فى الطلب الموضوعى المرتبط بها ، ولا كذلك تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية ، المثار أمامها، إذ لا تتعلق هذه الجدية بالشروط التى يتطلبها المشرع لانعقاد الخصومة ولكنها تتصل بالدلائل التى تقوم معها شبهة قوية على مخالفة النص التشريعى المطعون عليه للدستور، وهى شبهة يتعين أن تحراها المحكمة الدستورية العليا لتقرير صحتها أو فسادها، كذلك فإن قضاء محكمة الموضوع وقف الدعوى الموضوعية بعد الترخيص لمن أثار الدفع أمامها برفع دعواه الدستورية، لا يعد فصلا فى شرائط قبولها (73) .

وهكذا نستخلص مما سلف أنه رغم أن لمحكمة الموضوع وحدها تقرير جدية الدفع أو الإحالة إلا أن المحكمة الدستورية العليا تنفرد بالتحقق من شروط انعقاد الخصومة أى من توافر شروط قبول الدعاوى المطروحة عليها - بما يعنى عمليا إمكان مراجعة محكمة الموضوع فى تقديرها لجدية الدفع . وليس لجهة غيرها أن تنازعها هذا الاختصاص أو أن تحل محلها فيه (74) . ويشترط بداية لقبول الدعوى الدستورية أن تكون المحكمة مختصة بها أساسا إذ الاختصاص شرط تمهيدى مبدئى للتقول فى شروط القبول .

وعلى ذلك سوف تكون دراستنا لهذا الفصل مقسمة على النحو التالى:

المبحث الأول : اختصاص المحكمة أصلا بنظر الدعوى .

المبحث الثانى : شرط المصلحة .

المبحث الثالث : تصريح محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية أو وجود قرار إحالة منها .

المبحث الرابع : رفع الدعوى بطريقة الدفع فى الميعاد من صاحب الصفة

المبحث الخامس : شروط التدخل فى الدعوى الدستورية .

المبحث السادس : التعليق على موقف المحكمة الدستورية العليا من شروط قبول الدعوى الدستورية.

المبحث الأول

اختصاص المحكمة أصلا بنظر الدعوى

البحث فى الاختصاص لا بد أن يسبق البحث فى شروط قبول الدعوى بمعنى أنه لا تنظر المحكمة فى شروط قبول الدعوى الدستورية قبل توافر شرط مبدئى هو اختصاصها ولائيا بها ، حيث إن البت فى اختصاص المحكمة الدستورية ولائيا بنظر دعوى بذاتها سابق بالضرورة على الخوض فى شرائط قبولها أو الفصل فى موضوعها ، وتواجه المحكمة من تلقاء نفسها ، إذ لا يتصور أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فى توافر شروط اتصال الخصومة القضائية بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها ، قبل أن تتحقق من أن النزاع موضوعها يدخل ابتداء فى ولايتها . كذلك فإن قضاها باختصاصها بنظر خصومة بذاتها ، لا يحول بينها والفصل فى الشرائط التى يتطلبها المشرع لقبولها والتى يعد توافرها منخلا للفصل فى موضوعها⁽⁷⁵⁾ .

ويحدث أن تجد المحكمة الدستورية العليا أنها غير مختصة بالدعوى وفى ذات الوقت لا تتوافر فيها شروط القبول فتعرض فى أسبابها لكلا الأمرين إلا إنها فى المنطوق تنتهى بطبيعة الحال - إلى عدم الاختصاص ، وكنا نفضل ألا تتعرض المحكمة فى أسبابها لشروط قبول الدعوى طالما أنها غير مختصة بها إلا أن المبرر⁽⁷⁶⁾ لهذا الأمر هو الدور التربوى والتعليمى الذى تحرص عليه المحكمة فى أحكامها، وقضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم الاختصاص لا يجوز أن يقترن بإحالتها هذا الطلب إلى جهة الاختصاص للفصل فيه عملا بنص المادة (١١٠) مرافعات .

المبحث الثانى

شرط المصلحة

لا تقبل الدعوى الدستورية مالم يتوفر شرط المصلحة.

ويشترط فى المصلحة أن تكون شخصية مباشرة بأن يكون النص المطعون فيه بتطبيقه على الخصم قد ألحق به ضررا مباشرا ومن ثم لا بد أن يتوافر شرطان لتحقيقها:

أولهما : أن يقيم المدعى الدليل على أن ضررا واقعيا مباشرا ممكناً إدراكه قد لحق به ، ولا تكفى المصلحة النظرية .

وثانيهما: أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون فيه، فإذا لم يكن المدعى من المخاطبين به، أو كان قد أفاد من مزايه ، أو لم يكن قد طبق عليه أصلا، أو كان الإخلال المدعى به لا يعود إليه، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منقضية.

وهكذا فإن الشرط الأول يشترط أن يكون الضرر الذي أقام المدعى دليله ضررا مباشرا مستقلا بعناصره ممكنا إدراكه بالترضية القضائية، ومن ثم لا يجوز أن تكون المصلحة في الدعوى نظرية بأن تهدف تقرير حكم الدستور مجردا في موضوع معين لأغراض أكاديمية أو أيديولوجية، أو دافعا عن قيم مثالية يرجى تثبيتها أو كنوع من التعبير في الفراغ عن وجهة نظر شخصية ، أو لتوكيد مبدأ سيادة القانون في مواجهة صور من الإخلال بمضمونه لا صلة للطاعن بها، أو لإرساء مفهوم معين في شأن مسألة لم يترتب عليها ضرر بالطاعن.

والشرط الثاني يلزم بوجود علاقة سببية وهي تحتم أن يكون الضرر الثابت بالشرط الأول ناشئا عن النص التشريعي المطعون عليه⁽⁷⁷⁾ .

ومثال تخلف الشرط الثاني « علاقة السببية » حالة الطعن على نص تشريعي سبق القضاء بعدم دستوريته إذ لا يتصور أن يوجد ويستمر ضرر ما أيما كان شكله عن نص تشريعي قضى بعدم دستوريته، لما لحكم المحكمة الدستورية العليا من إلزام للكافة بحيث يمتنع على أية جهة تطبيقه، ومن الأمثلة العملية لانتفاء المصلحة لأن مركز المدعى في الدعوى الدستورية لن يتغير حتى بعد الفصل لصالحه في الدعوى الدستورية حالة زوجة كانت قد أقامت دعوى طلاق ضد زوجها استنادا « للضرر وسوء العشرة ، ولزواجه عليها بأخرى » عملا بالمادتين ٦ ، ١١ مكررا ٢ من الرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فدفع الزوج بعدم دستورية المادة الأخيرة لمخالفتها للمادة الثانية من الدستور وقد أجابته محكمة الموضوع لطلبه، وبعد أن رفع الزوج دعواه بعدم الدستورية تنازلت الزوجة عن طلبها بالتطبيق استنادا إلى المادة ١١ مكررا ٢ واكتفت بطلب الطلاق استنادا للمادة (٦) فقط « الضرر وسوء العشرة »، وبالطبع فإن قصد الزوجة واضح من تعديل طلباتها وتنازلها عن التمسك بأحكام المادة ١١ مكررا ٢ سالفة الذكر، إذ تظهر رغبتها الواضحة في سرعة الفصل في دعواها، وأيما كان غرضها، فإنه ولما كانت المادة المطعون على دستوريته لم تعد سندا لادعاء الزوجة بالطلاق ، فإن ذلك مؤداه قول واحد، هو أن إبطال النص التشريعي المطعون عليه في الدعوى الدستورية التي أقامها الزوج ، لن يعود بأية فائدة عملية عليه يمكن أن يتغير بها مركزه بعد الفصل في هذه الدعوى.

ويصلح هذا المثال ذاته للتعبير عن فكرة ضرورة استمرار المصلحة حتى الفصل في الدعوى الدستورية، فوفاة رفع الدعوى كانت توجد مصلحة مؤكدة للزوج وبعد نظرها وتنازل الزوجة في الدعوى الموضوعية عن التمسك بالمادة المطعون على دستوريته تحولت منذ ذلك التاريخ مصلحة الزوج العملية إلى مصلحة نظرية أكاديمية تهدف إلى التعبير في الفراغ عن وجهة نظر شخصية⁽⁷⁸⁾. وبمعنى آخر فإن النص التشريعي المطعون عليه لم يعد له صلة بالنزاع الموضوعي. وتتبقى المصلحة في حالة رفع أو إحالة الدعوى الدستورية رغم وجود قضاء من المحكمة الدستورية حول ذات النص المطعون عليه سواء بدستوريته أو بعدمها وكذلك إذا كان مبنى الطعن عيباً شكلياً رغم وجود قضاء

موضوعي حول مادة ما من مواد القانون المطعون عليه.

ويستوى أن يحدث ماسلف قبل رفع أو إحالة الدعوى أو بعدها إذ في الحالتين تنتفي المصلحة، والأثر الوحيد الذي يترتب على ما إذا كانت الدعوى قد رفعت أو أحييت منتقية المصلحة أم حدث ذلك والمصلحة متوافره ثم انتفت بعد ذلك إنما مرده إلى منطق الحكم الذي تنتهي إليه المحكمة، الأمر الذي نبينه تفصيلا على النحو التالي :

١ - إذا كانت الدعوى محالة وانتفت المصلحة فيها قبل ورود الدعوى لقلم الكتاب فإن المحكمة تنتهي إلى الحكم بعدم قبول الدعوى ومثال ذلك الدعوى رقم ٥١ لسنة ١٧ ق دستورية جلسة ١٨/٥/١٩٩٦⁽⁷⁹⁾، حيث كانت تلك الدعوى محالة من محكمة دمنهور الجزئية ووردت إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية بتاريخ ١٩٩٥/٨/٢٠ وكان مبنى الطعن عواراً شكلياً خاصاً بقانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩، ووجدت المحكمة أن هناك قضاء موضوعياً منها بعدم دستورية مادتين منه بجلسته ١٥/٤/١٩٨٩.

٢ - إذا كانت الدعوى محالة وانتفت المصلحة بعد ورود الدعوى لقلم كتاب المحكمة الدستورية فإن المحكمة تنتهي حينئذ إلى الحكم باعتبار الخصومة منتفية.

٣ - إذا كانت الدعوى مرفوعة بطريقة الدفع وكانت المصلحة منتقية وقت رفع الدعوى فإن المحكمة تنتهي إلى الحكم بعدم قبول الدعوى وبمصادرة الكفالة وإلزام المدعي المصروفات، ومثال ذلك ما قضت به المحكمة في الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٧/٩/١ والتي كانت تتعلق بطعن على مادتين من قانون الزراعة يوجد قضاء من المحكمة الدستورية العليا حول إحداها موضوعياً سابق على رفع الدعوى، ولم تتأثر المحكمة بأن المادة الأخرى القضاء فيها لاحق على رفع الدعوى.

٤ - إذا كانت الدعوى مرفوعة بطريقة الدفع وانتفت المصلحة بعد رفعها فهنا تنتهي المحكمة إلى الحكم باعتبار الخصومة منتفية، ومثال ذلك الحكم الصادر من المحكمة في الدعوى رقم ١١٠ لسنة ١٨ ق دستورية، جلسة ١١/٩/١٩٩٧⁽⁸⁰⁾.

ومما يفسر موقف المحكمة الأنف التزامها بنص المادة (٥٣) من قانونها والتي تنص على أنه « ويجب على المدعي أن يودع خزانة المحكمة عند تقديم صحيفة هذه الدعوى كفالة مقدارها خمسة وعشرون جنيهاً.... وتقضى المحكمة بمصادرة الكفالة في حالة الحكم بعدم قبول الدعوى أو رفضها » ، وهكذا فإنه إذا كانت الدعوى محالة فلا كفالة ولا إلزام بالمصروفات⁽⁸¹⁾.

هذا وتطبق المحكمة ذات القواعد المذكورة حال إلغاء النص الإجرائي المطعون عليه بحسبان أن قوانين المرافعات تسري بأثر مباشر على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات⁽⁸²⁾.

وتتوافر المصلحة رغم إلغاء النص التشريعي الموضوعي المطعون عليه بالنظر لأن إلغاء نص لا يسقط آثاره المترتبة خلال فترة نفاذه، ومن ثم تتوافر المصلحة الشخصية في الطعن على النص بالنسبة لمن ترتب في حقه آثاره⁽⁸³⁾.

ويلاحظ أنه قد لا ينص صراحة على إلغاء النص بأثر رجعي ورغم ذلك لا تترتب أية آثار له في حق الغير خلال فترة نفاذه ومن ثم تنتفي المصلحة.

ويتصور حدوث ذلك في حالتين أولهما بالنسبة للقوانين الجزائية حال إلغائها بالبول عن تأنيب الواقعة إذ إنه ولئن نص الدستور في المادتين ١٨٧ و١٦٦ منه على قاعدة عدم رجعية القوانين العقابية إلا أن هذه القاعدة تكملها ويقوم إلى جانبها قاعدة أخرى هي قاعدة القانون الأصلح، ومؤدى قاعدة رجعية القوانين الأصلح للمتهم سرياتها بأثر رجعي ومنذ صدورهما على الجريمة التي ارتكبتها المتهم من قبل وذلك لانتفاء القاعدة الاجتماعية التي كان يرجى بلوغها من وراء تقرير العقوبة، وإن كان الدستور لا يتضمن بين أحكامه مبدأ رجعية القوانين الأصلح للمتهم إلا أن القاعدة التي يرتكز عليها هذا المبدأ تفرضها المادة (٤١) من الدستور التي تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعي، وأنها مصونة لا تمس.

هذا وتشترط قاعدة الرجعية المذكورة ألا يكون التأنيب مقيدا بفترة زمنية.

ومفاد كل ما تقدم أنه حالة إلغاء التأنيب غير الموقوت زمنيا فإن ذلك مؤداه رجعية هذا الإلغاء ، ومن ثم انتفاء شرط المصلحة (84) .

والحالة الثانية تتمثل في القوانين المنظمة لإجراءات التقاضي فهي تسرى بأثر فوري على مال يمكن قد فصل فيه من دعاوى أو تم من إجراءات قبل تاريخ العمل بها إعمالا لحكم المادة الأولى من قانون المرافعات (85) على نحو ما ذكرناه.

وزمام إعمال شرط المصلحة الشخصية المباشرة بيد المحكمة الدستورية العليا وحدها، وإليها دون غيرها يعود أمر التحقق من توافره، ليس لجهة أخرى أن تفرض عليها مفهوما معينا لمضمون هذه المصلحة بعنصرها سالف الذكر.

والمصلحة بعنصرها شرط مندمج في قانون المحكمة الدستورية العليا بما نص عليه في مادته الثامنة والعشرين من أنه «فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل تسرى على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التي تقدم إلى المحكمة ، الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة ، والأوضاع المقررة أمامها » متى كان ذلك ، وكان نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية مؤداه ألا تقبل أية دعوى لا يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون أو مصلحة محتملة بالشروط التي بينها . فمن ثم فإنه لا يجوز والحال كذلك الادعاء بأن شرط المصلحة غير لازم في الدعوى الدستورية (86).

ولا يجوز القول بأن لكل مواطن مصلحة مفترضة في إهدار النصوص التشريعية المخالفة للدستور، إذ ذلك انتقال بالرقابة القضائية على الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد قانون المحكمة الدستورية العليا، تتساوى بها هذه الدعوى مع دعوى الحسبة، وهذا ما لا يشمل كإصل عام التنظيم المآثر، فالحقوق الدستورية ليس لها قيمة مجردة في ذاتها ولا يتصور أن تعمل في فراغ، وأيا كان دورها أو وزنها أو أهميتها في بناء النظام القانوني للدولة ودعم جرياته المنظمة ، فإن تقريرها تفيا دوما توفير الحماية التي تقتضيها مواجهة الأضرار الناشئة عن الإخلال بها يستوى في ذلك أن تكون هذه الحقوق من طبيعة موضوعية أو إجرائية.

ويؤكد استبعاد الدعوى الأصلية بعدم الدستورية (87) أن شرط المصلحة في الدعوى الدستورية لازال قائما ومتطلباً لقبولها.

المبحث الثالث

تصريح محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية

أو وجود قرار إحالة منها

جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن ولايته فى الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا إذا اتصلت المحكمة بالدعوى اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة فى المادة ٢٩ من قانونها ، وهذه الأوضاع الإجرائية سواء ما تعلق منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو ميعاد رفعها تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلا جوهريا فى التقاضى تفيا به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعى فى المسائل الدستورية . ويتفرع على ذلك ضرورة تصريح محكمة الموضوع للدعى برفع دعواه الدستورية.

فإذا كان المدعى قد دفع أمام محكمة الموضوع بعدم الدستورية فأجلت المحكمة نظر الدعوى لجلسة ما ، وبذلك الجلسة طلب المدعى وقف نظرها بعد أن تقدم بحافظة مستندات طويت على شهادة رسمية صادرة من المحكمة الدستورية العليا تفيد إقامته للدعوى الدستورية ، فلم تجبه محكمة الموضوع إلى طلبه وقررت تأجيل الدعوى المنظورة أمامها لجلسة محددة ، ثم أتبعته بعدة تأجيلات إلى أن استبعدتها من الرول ، فإن مفاد ذلك أن الدفع بعدم الدستورية لا يعتبر فى تقدير محكمة الموضوع جديا وأنها رفضته ، ومن ثم لم تصرح برفع الدعوى الدستورية ، الأمر الذى يقضى لوجوب الحكم بعدم قبولها⁽⁸⁸⁾.

وهكذا يبين أن المحكمة الدستورية العليا قد استخلصت من ظروف الحال أنه لا يوجد تصريح ما برفع الدعوى الدستورية من قبل محكمة الموضوع.

ويتعين أيضا لقبول الدعوى أن تتضمن صحتها أو قرار الإحالة ما استلزمته المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا ببيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة ، وقد قصد المشرع بذلك بيان ماهية المسألة الدستورية التى يعرض على المحكمة الدستورية العليا أمر الفصل فيها ونطاقها ، بما ينفى التجهيل بها كى يحيط كل ذى شأن ومن بينهم الحكومة التى يتعين إعلانها بقرار الإحالة أو بصحيفة الدعوى إعمالا لنص المادة ٣٥ من قانون المحكمة - بجوانبها المختلفة - وليتاح لهم جميعا - على ضوء تعريفهم بأبعاد المسألة الدستورية المطروحة عليهم - إبداء ملاحظاتهم وردودهم وتعقيباتهم فى المواعيد التى حددتها المادة ٣٧ من القانون ذاته ، بحيث تتولى هيئة المفوضين - بعد انقضاء هذه المواعيد - تحضير الموضوع المعروض عليها ، وإعداد تقرير يشتمل على زواياه المختلفة.

هذا وما توخه المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا - على النحو المتقدم - يعتبر متحققا كلما تضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى ما يعين على تحديد المسألة الدستورية ، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر ، فيكفى أن تكون المسألة الدستورية التى يراد الفصل فيها قابلة للتعيين⁽⁸⁹⁾.

وهكذا فإنه يمكن القول إنه فى حالة عدم تحديد المسألة الدستورية صراحة من حيث النص التشريعى المطعون عليه والنص الدستورى المدعى انتهاكه فإن المحكمة تلجأ حينئذ إلى الطريق غير

المباشر استخلاصا من الوقائع التي يتضمنها قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى ، فإذا عُرِّ عليها فهم المسألة الدستورية حينئذ تضطر إلى القضاء بعدم القبول. وقضت المحكمة الدستورية بأن :

خلو صحيفة الدعوى الدستورية من بيان النص التشريعي المطعون فيه والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة والاكتفاء بالإحالة إلى أسباب وردت في عريضة دعوى أخرى لم ترفق صورة منها بالدعوى يؤدي إلى عدم القبول .

وهكذا يبدو أن المحكمة الدستورية كانت ستقبل الدعوى الأنفة لو كانت الدعوى الأخرى التي اشتملت على أسباب الطعن مرفقة بالدعوى الدستورية محل النظر بحسبان أنها حينئذ ستعتبرها جزءا لا يتجزأ من صحيفة الدعوى الدستورية المرفوعة أمامها⁽⁹⁰⁾.

هذا وتعتد المحكمة بالمعاني وليس بالألفاظ والمباني وهو تخفف مقبول منها⁽⁹¹⁾.

- ولما كان لايجوز اللجوء إلى قواعد المرافعات، إلا فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون المحكمة الدستورية العليا، وبشرط ألا يتعارض إعمالها وطبيعتها اختصاصها والأوضاع المقررة أمامها، لذا قضت المحكمة بأن «الدعوى المحالة إليها من إحدى المحاكم بعد صدور قضاء منها بعدم اختصاصها ولائيا بنظرها استنادا إلى المادة ١١٠ مرافعات لا تكون قد اتصلت بها اتصالا مطابقا لهذه الأوضاع»⁽⁹²⁾.

وإذا حدث وتنازل المدعى أمام محكمة الموضوع عن دفعه بعدم الدستورية - بعد رفع الدعوى الدستورية التي صرحت له محكمة الموضوع بإقامتها- فإن مؤدى ذلك سقوط هذا الدفع وإهدار كافة الآثار المترتبة عليه ومن ثم عدم قبول الدعوى⁽⁹³⁾. ونرى أن المعيار الفني كان يقتضى اعتبار الخصومة منتهية، إلا أن المحكمة تلجأ للحكم حينئذ بعدم القبول لتتمكن من مصادرة الكفالة والإلزام بالمصاريف جزاء لهذا المدعى المتردد والذي أضاع وقت المحكمة.

المبحث الرابع

رفع الدعوى بطريقة الدفع فى الميعاد من صاحب الصفة

لما كنا قد تناولنا سلفا ميعاد رفع دعوى الدستورية حال قبول الدفع فى موضع آخر من هذه الرسالة فإننا نحيل إليه منعا من التكرار⁽⁹⁴⁾.

وسوف نركز هنا على شرط الصفة .

وبنيت الصفة فى الدعوى الدستورية للخصم فى الدعوى الموضوعية ، والخصوم فى الدعوى الموضوعية يتنوعون بحسب طبيعة الدعوى وما إذا كانت مدنية أم إدارية أم جنائية وقد يكونون أشخاصا طبيعيين أو معنويين.

ولما كانت المادة (٨٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية تقرر أن للنياية العامة رفع الدعوى فى

الحالات التي ينص عليها ويكون لها في هذه الحالات ما للخصوم من حقوق فمن ثم فإنها تكون خصما في هذه الحالات، ومثال ذلك حقها في رفع دعاوى الإفلاس⁽⁹⁵⁾ وهي هنا لها صفة المدعى، إلا أنه يتصور أن تكون النيابة مدعى عليها وليست مدعيا وذلك حالة رفع الدعوى طعنا على قراراته الإدارية، ذلك أن النيابة العامة بصفتها أمانة على الدعوى العمومية تعد تصرفاتها من الأعمال القضائية، وهي بهذا الوصف تخرج عن دائرة رقابة المشروعية التي يختص بها مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري⁽⁹⁶⁾، إلا أن هناك جانبا آخر من تصرفات النيابة العامة يخرج بطبيعته عن نطاق دائرة الأعمال القضائية، وهذا النوع الثاني يخضع لرقابة المشروعية متى توافرت فيها مقومات القرار الإداري بالمعنى الاصطلاحي، ومثال ذلك إصدار النيابة العامة قرارا في منازعات الحيازة التي لا يرقى فيها الأمر إلى حد الجريمة المؤثرة بالمادتين ٣٦٩ و ٣٧ عقوبات⁽⁹⁷⁾.

وفي الدعاوى الجنائية تعد النيابة خصما مدعيا بحسبانها هي التي ترفعها ويعد كل من المتهم والمجنى عليه خصوما أيضا فيها، ولا يتغير الوضع حال تحريك الدعوى بطريق الادعاء المدني فهنا وإن لم تبدأ النيابة الدعوى إلا أنها تباشرها مثل غيرها وتتابع السير فيها حتى يفصل في شأنها بحكم نهائي.

ويعد المدعي المدني خصما، كما تعد الجهة الأذنة أو الطالبة خصما، بالنسبة للجرائم التي يتوقف تحريكها على إذن أو طلب.

ويعد المدعي الاشتراكي من الخصوم بالنسبة للدعوى أمام محاكم القيم، وكذا النيابة العسكرية المشكلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ الخاص بالأحكام العسكرية.

ويرى رأي في⁽⁹⁸⁾ الفقه أن هيئة مفوضي الدولة بمجلس الدولة تكون طرفا في الخصومة - وإن كانت لا تعد طرفا ذا مصلحة شخصية - نظرا لأن القانون أناط بها حق الطعن في أحكام محاكم مجلس الدولة أمام المحكمة الإدارية العليا⁽⁹⁹⁾.

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الأنف مع الاستدراك والإشارة إلى أن هيئة مفوضي الدولة وإن كانت تتولى تحضير الدعوى وتهيتها للمرافعة إلا أنها بعد إتمام مهمتها تودع رأيا مسببا طبقا لنص المادة (٢٧) من قانون مجلس الدولة، ومن ثم فهي إلى هذا الحد لا تعد خصما حتى يمكنها الدفع بعدم الدستورية وإنما لها أن تبدأ رأيا بعدم⁽¹⁰⁰⁾ الدستورية، والمحكمة الحق في أن تأخذه أو تطرحه، فإن أخذته فإن الأمر يمثل إحالة من محكمة الموضوع وإن طرحته، فيحق لرئيس هيئة المفوضين الطعن على الحكم وهنا تعد خصما من حقه الدفع بعدم الدستورية، وينطبق ذات الحكم على كافة الطعون المقدمة من هيئة المفوضين.

هذا وليس غريبا أن تعد الجهات العامة كالنيابة وهيئة المفوضين مدعيا في دعوى عدم الدستورية إذ يسمح قانون المحكمة الدستورية العليا بذلك، عندما ألزم في المادة (٢٤) منه أن تكون صحف الدعاوى موقعة من عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل أو محام مقبول للمرافعة أمامها بحسب الأحوال، ومن المعروف أن هيئة قضايا الدولة وفقا لقانونها هي النائب القانوني عن الدولة بسلطاتها الثلاث. وطالما ورد النص عاما بهذا الشكل فمن ثم يستوعب الحالة محل الدراسة.

ولما كان المشرع في المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا قد نص على أن « تعتبر

الحكومة من نوى الشأن في الدعاوى الدستورية ، فإنه قد استهدف من ذلك تمكينها من أن تقول كلمتها في الطعن الموجهة إلى التشريعات التي تكون قد أصدرتها أو شاركت في وضعها ، ومن ثم فإنه لا يجوز لها الطعن بعدم دستورية التشريعات على أساس أنها تشارك في وضعها وعليها الدفاع عن سلامتها، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الدستور بين على وجه التحديد المقصود بالحكومة بما نص عليه في المادة (١٥٣) من أن الحكومة هي الهيئة التنفيذية والإدارية العليا للدولة وتتكون من رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم، ومن ثم استبعدت المحكمة الأثر من الدخول في مفهوم الحكومة⁽¹⁰¹⁾.

وجريا وراء ذات المنطق تستبعد هيئة المفوضين بمجلس الدولة والنيابة العامة من مفهوم الحكومة ويجوز لأيهما الطعن على دستورية التشريعات.

ويجب أن ترفع الدعوى على من اختصموا أمام محكمة الموضوع وإلا عدت الدعوى الدستورية غير مقبولة بالنسبة لهؤلاء⁽¹⁰²⁾ .

ويجب أن يقدم المحامي الذي أودع صحيفة الدعوى سند وكالته حتى حجز الدعوى للنطق بالحكم وهو أمر لا يغني عنه إرفاق صورة ضوئية من التوكيل بصحيفة الدعوى ، وإلا يكون المحامي الذي أودع صحيفة الدعوى قد نكل عن إثبات صفته مما يتعين معه عدم قبول الدعوى⁽¹⁰³⁾ .

ولا يغني في هذا الشأن إيداع المحامي توكيلا مقصورا على رفع بعض الدعاوى حتى الحصول على الأحكام النهائية الاستئنافية ، وبون أن يمتد إلى الطعن بعدم الدستورية⁽¹⁰⁴⁾.

المبحث الخامس

شروط التدخل في الدعوى الدستورية

لما كانت المادة (١٢٦) من قانون المرافعات تنص على أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضمًا لأحد الخصوم أو طالبا لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى .

لذا رأى بعض الفقهاء إجازة قبول التدخل الاختصامي في الدعوى الدستورية الذي يقصد به صاحب الشأن المطالبة بحق لنفسه في مواجهة أطراف الدعوى⁽¹⁰⁵⁾، بينما يرى آخرون بحق أن التدخل الذي يتصور حيث في الدعوى الدستورية هو التدخل الانضمامي⁽¹⁰⁶⁾ وحده .

ويشترط لقبول التدخل الانضمامي أن يكون لطالب التدخل مصلحة شخصية ومباشرة في الانضمام لأحد الخصوم في الدعوى . ومناطق المصلحة في الانضمام بالنسبة للدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الخصم الذي قبل تدخله في الدعوى الموضوعية المثار فيها الدفع بعدم الدستورية، وأن يؤثر الحكم في هذا الدفع على الحكم فيما أبداه هذا الخصم أمام محكمة الموضوع من طلبات.

وتطبيقا لهذا المبدأ أيضا ذهبت المحكمة الدستورية إلى أنه مادام أن محكمة الموضوع لم تقل كلمتها في شأن التدخل فإن طالبه لم يصبح بعد طرفا في الدعوى الموضوعية المطروحة عليها، ومن ثم لم تثبت له تبعاً لذلك صفة الخصم التي تسوغ اعتباره من نوى الشأن في

الدعوى الدستورية الذين تتوافر لهم المصلحة في تأييدها أو دحضها، وبالتالي يكون طالب التدخل بهذه المثابة غير ذي مصلحة قائمة في الدعوى الماثلة، ويتعين لذلك الحكم بعدم قبول تدخله⁽¹⁰⁷⁾

وبالطبع إذا كانت محكمة الموضوع قد رفضت طلب التدخل صراحة فإن التدخل لا يكون مقبولا أمام المحكمة الدستورية العليا.

وإذا كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة لرفعها بعد انقضاء⁽¹⁰⁸⁾ الأجل أو من غير ذي⁽¹⁰⁹⁾ صفة فإنه يترتب على ذلك انقضاء طلب التدخل الانضمامي لتبعية طلب التدخل الانضمامي للخصومة الأصلية.

وإذا كانت القاعدة أنه يتعين إجابة المدعى إلى طلبه ترك الخصومه طالما وافق المدعى عليه على ذلك وفقا للضوابط التي تحددها المادتان ١٤١، ١٤٢ من قانون المرافعات، ولما كانت الخصومة في طلب التدخل الانضمامي تابعة للخصومة الأصلية فإن مفاد ذلك ولازمه أن ترك الخصومة في الدعوى يستتبع انقضاء طلب التدخل الانضمامي⁽¹¹⁰⁾.

وينطبق هذا المبدأ سواء كان الترك للدعوى الموضوعية أم للدعوى الدستورية.

المبحث السادس

التعليق على موقف المحكمة الدستورية العليا

من شروط قبول الدعوى الدستورية

١ - يلاحظ على أحكام المحكمة أنها تستخدم اصطلاح الصفة لتشتمل على معنيين الحق في الدعوى والتمثيل القانوني بمعنى قيام شخص بمباشرة إجراءات الدعوى نيابة عن شخص آخر ، ومثال ذلك ما قضت به المحكمة في أحد أحكامها من أن « البين من أوراق الدعوى أن المحامي الذي أودع صحيفة لم يقدم سند وكالته عن المدعى حتى إقفال باب المرافعة فيها ، رغم كون ذلك لازما للتحقق من توافر الصفة والوقوف على نطاق هذه الوكالة ومن ثم يكون المحامي الذي أودع صحيفة هذه الدعوى قد نكل عن إثبات صفته في إقامتها وانتهت لعدم قبولها⁽¹¹¹⁾، ونرى وفقا للاتجاه الراجح في فقه القانونيين الخاص والإداري أن الأمر يتعلق بصحة إجراءات الخصومة وليس بقبول الدعوى.

وهكذا يبين أن مفهوم الصفة فيه اختلاف عكس مفهوم المصلحة، إذ لا يشير هذا المفهوم الأخير خلافا بين الفقه والقضاء باعتباره الفائدة أو المنفعة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته.

وإذا كانت الصفة هي المركز القانوني للمدعى الذي يسمح له أن يعرض على القاضي مسألة محددة استنادا إلى وسائل محددة هي الأخرى، كما يرى بعض الكتاب، أو كانت هي السند الذي يستطيع المدعى بمقتضاه أن يرفع دعواه أو يقدم طلبه أمام القضاء كما يرى البعض الآخر منهم، فإنها في رأينا تعد عنصرا في المصلحة ليس فقط في دعوى الإلغاء أو الدعوى الدستورية وإنما في

الدعوى بوجه عام، ذلك أن القانون لا يعتد بأى مصلحة وإنما يعتد بالمصلحة الجديرة بالحماية القانونية وهى التى تعطى لصاحبها صفة فى طلب الحماية القضائية وهذا ما عبر عنه الفقيه Chapus بأن المصلحة تعطى الصفة .

وإذا كانت المصلحة تغنى عن الصفة بالمعنى الذى يتصل بالحق فى الدعوى إذ حينئذ تندرج الصفة فى المصلحة وهو الأمر المستقر لدى المحكمة الدستورية العليا ، فإننا لا نوافقها على إدراج الصفة بمعنى التمثيل القانونى من ضمن شروط قبول الدعوى إذ هى من شروط صحة الخصومة⁽¹¹²⁾.

وهكذا تكون الخصومة باطلة إذا لم ترفع الدعوى من الأصل أو ويكيله القانونى الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن المفقود والغائب غيبة منقطعة، وتكون باطلة أيضا إذا لم ترفع من الوكيل الاتفاقى . وينطبق ذات الحكم المتعلق بالمضى على المدعى عليه..

والأهلية⁽¹¹³⁾ فى اعتقادنا هى الأخرى من شروط صحة الخصومة بمعنى أنها تكون باطلة إذا لم يتحقق فيها شرط الأهلية بالنسبة للمدعى أو المدعى عليه، وهكذا يجب أن يكون الدفع بعدم توافر الأهلية دفعا بالبطلان وليس بعدم القبول⁽¹¹⁴⁾ .

ولا ينال ذلك من أن اتجاها فى الفقه وقضاء النقض يرون أن الأهلية من شروط قبول الدعوى .
ولأن رفع الدعوى من أعمال الإدارة فيتعين أن يتوافر فى المدعى والمدعى عليه أهلية الإدارة .

والفائدة العملية فى التفرقة بين عدم القبول وبطلان الخصومة تنحصر فيما يتعلق بمصادرة الكفالة إذ وفق قانون المحكمة الدستورية العليا (مادة ٥/٥٣) لا تصدر الكفالة إلا فى حالة الحكم بعدم قبول الدعوى أو رفضها .

٢ - اعتدت المحكمة العليا الدستورية بالمصلحة الأبية لدى رافع الدعوى وهذا اتجاه محمود⁽¹¹⁵⁾، ولم تحن الفرصة للمحكمة الدستورية العليا لتوضيح موقفها فى هذا الشأن.

٣ - تستلزم المحكمة الدستورية قيام ارتباط بين الدعوى الدستورية والدعوى الموضوعية التى أثبتت المسألة الدستورية بمناسبتها بحيث إذا انفك هذا الارتباط قبل صدور الحكم تنتفى المصلحة حينئذ .

ومثال ذلك إذا قام المدعى بتعديل طلباته فى الدعوى الموضوعية تعديلا كاملا بحيث ينتهى الارتباط بينها وبين الدعوى الدستورية ويصبح الفصل فى المسألة الدستورية غير لازم لإمكان الفصل فى الدعوى الموضوعية، وينطبق ذات الحكم حال تنازل المدعى عن دعواه الموضوعية أو تركه لها، وكنا نتمنى أن تكفى المحكمة الدستورية العليا بوجود الارتباط وقت رفع الدعوى دون اشتراط استمرار المصلحة فى الدعوى الموضوعية خاصة وأن نصوص قانون المحكمة الدستورية لا تمنع من ذلك صراحة، وفى هذا دعم لدور المحكمة فى رقابتها على التزام المشرع بحدود الدستور⁽¹¹⁶⁾ ودرءاً لأى شبهة تواطؤ أو ضغط على المدعى الدستورى ليتنازل عن دعواه الموضوعية بما يمنع من صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية، إذا ظهر من واقع الحال أو من تقرير هيئة المفوضين أن هناك اتجاها للقضاء بعدم الدستورية .

ولا ينال من تحقيق هذه الأمانة سوى أن الرقابة ستتحول حينئذ الى رقابة فى الفراغ تقرر حكم الدستور فى غير موضوع معين.

هوامش الباب الثاني

- (1) راجع أمثلة قضت فيها المحكمة العليا بعدم توافر شروط المصلحة وأخرى قضت فيها بتوافر هذا الشرط، رسالة د/ أبو الجهد، المرجع السابق، ص ٢١٢-٢٢٠.
- (2) راجع في شرح متطلبات الادعاء بصورة أكثر تفصيلاً، بالباب الرابع من هذه الرسالة ص ٤١٥ وما بعدها حيث تم دراستها كمعاصر من عناصر التقيد الذاتي.
- (3) راجع: *Osborn v. Bank of the United States*, 9 Wheaton 738 (1824).
- (4) نص التعديل الحادي عشر والذي صدر سنة ١٧٩٨ على أنه "أن تفسر السلطة القضائية للولايات المتحدة على نحو يجعلها تتسع لأي دعوى خاصة بالقانون أو العدل يحدث أو وقعت ضد واحدة من الولايات المتحدة، بواسطة مواطني ولاية أخرى أو بواسطة مواطني أو رعايا أي دولة أجنبية".
- (5) *Ex Parte Yong*, 209 U.S. 123 (1908).
- (6) *Mississippi v. Johnson*, 4 Wallace 475 (1867).
- (7) *Georgia v. Stanton*, 6 Wallace 50 (1868).
- (8) *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).
- (9) راجع في تفاصيل أكثر عن أوامر المنع، رسالة د/كمال أبو الجهد، المرجع السابق، ص ٢٢٩ وما بعدها.
- (10) راجع رسالة د. كمال أبو الجهد، المرجع السابق، ص ٢٧٢ - ٢٧٠.
- (11) راجع استعراض القضية بكتاب *Gerald Gunther, Constitutional Law, Eleventh Edition, 1985. The Foundation Press, Inc. p. 1538.*
- (12) راجع *Aetna Life Insurance Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227 (1937).
- (13) راجع القضية في *Louis Fisher, Constitutional Structures, Op. cit. p. 109.*
- (14) يلاحظ أن هذا الوضع يقترب إلى حد ما من الوضع في مصر والذي قرره المادة (٩٢) من الدستور والتي تقر أنه "يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه وتختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعن المقدمة إلى المجلس بعد إحالتها إليها من رئيسه ويجب إحالة الطعن إلى محكمة النقض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم المجلس به، ويجب الانتهاء من التحقيق خلال تسعين يوماً من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض. وتعرض نتيجة التحقيق والرأي الذي انتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل في صحة الطعن خلال ستين يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس".
- (15) هذا وقد جرت المحاكم المصرية على التعويض حال عدم إذعان المجلس لما تقرره محكمة النقض.
- (16) في ذلك راجع رسالة د/ كمال أبو الجهد، المرجع السابق، ص ٢٨١، ٢٨٠.
- (17) تنص المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:
 - ١- إذا تراسى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.
 - ب- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحيدت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.
 وتنص المادة (٢٧) من القانون المذكور على أنه:
 - يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية.
- (18) يلاحظ أن قانون المحكمة الدستورية العليا لا يخول حق الطعن في التخصيص التشريعية بالطريق المباشر، فإذا طلب الدعي في دعواه الموضوعية منع التعرض لأي مواطن بتشريعات ضريبية للبيعات، متوخياً بذلك ألا تكون هذه التشريعات نافذة في حق الشاغلين بها، توفيقاً لتحميلهم بضريبة غير دستورية، فإن دعواه هذه تتحلل إلى نزاع يتناول هذه التشريعات ذاتها بقصد إيقانها، وليس لها من صلة بحقوق موضوعية يدعيها وهو ما يفيد بالضرورة الطعن على هذه التشريعات بطريق الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، وهذه غير جائز قبولها. راجع الدعوى رقم ١ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧، للجزء السادس، ص ٢٧٧.
- (19) د. رمزي الشاعر، النظرية العامة، المرجع السابق، ص ٥٨٢.
- (20) الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٩ ج. ٢/٥، ص ٢١٢.
- (21) راجع الدعوى رقم ٥ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٩٣/٥/١٥ حيث استقبلت المحكمة الدستورية العليا من وقائع الدفع عدم وجود تصريح من محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية.

- (21) راجع د. عمرو بركات، مبادئ القانون الدستوري، ١٩٨٩، المرجع السابق، ص ١٥٥.
- (22) أكدت المحكمة الدستورية هذا المعنى لما قضت بأن الدفع بعدم الدستورية ليس من قبيل الدفوع الشكلية أو الموضوعية، ويتمتع بمقابلة النصوص التشريعية الملغون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها، مؤدى ذلك جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى وإمام أية محكمة.
- راجع الدعوى رقم ٣٣ لسنة ١٤٤٠ ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٢/١٦، ج ٦، ص ١٧٤.
- (23) راجع الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ٢٠٢٢ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/١/١٩، الجزء الخامس للمجلد الثاني، ص ٣٥٢.
- (24) راجع الدعوى رقم ١٨ لسنة ١٩٧٥/٥/١٨، الجزء الثاني ١٩٩٦ (مطابق)، ص ٨٦.
- (25) راجع رسالة د/عادل عمر شريف، المرجع السابق، ص ٤٠٦.
- (26) راجع في ذلك الدعوى رقم ١٥ لسنة ١١١٠ ق دستورية، جلسة ١٩٩٣/١٢/١٣ والدعوى رقم ١٨ لسنة ١٢٠٢ ق دستورية، جلسة ١٩٩٧/١٠/٤.
- (27) راجع نص المادة ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا.
- (28) راجع حكم محكمة النقض المدني الصادر في ١٩٧٦/١/١٧، مجموعة أحكام النقض المدني، ص ٢٧، ق ٢١٦، ص ١٣٧٧.
- (29) راجع د/صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية للمرجع السابق، ص ١٩٩، ص ٢٠٠.
- (30) تنص المادة (٥٣) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه:
- يفرض رسم ثابت مقداره خمسة وعشرون جنيهًا على الدعاوى الدستورية ويشمل الرسم المفروض جميع الإجراءات القضائية الخاصة بالدعوى شاملة إعلان الأوراق والأحكام.
- ويجب على المدعي أن يودع خزانة المحكمة عند تقديم صحيفة هذه الدعوى كفاية مقدارها خمسة وعشرون جنيهًا وتودع كفاية واحدة في حالة تعدد المدعين إذا رفعوا دعاوهم بصحيفة واحدة.
- وتقتضى المحكمة بمصادرة الكفاية في حالة الحكم بعدم قبول الدعوى أو رفضها – ومع مراعاة حكم المادة التالية لا يقبل قلم الكتاب صحيفة الدعوى إذا لم تكن مصحوبة بما يثبت هذا الإيداع.
- وتنص المادة (٥٤) من القانون المشار إليه على أنه: يعفى من الرسم كله أو بعضه ومن الكفاية كلها أو بعضها من يثبت عجزه عن الدفع بشرط أن تكون الدعوى محتملة الكسب ويفصل رئيس هيئة المفوضين في طلبات الإعفاء وذلك بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال الطالب وملاحظات قلم الكتاب ويكون قراره في ذلك نهائياً.
- ويرتّب على تقديم طلب الإعفاء قطع اليماد المحدد لرفع الدعوى الدستورية.
- والمفقيقة أن المرء يتعجب من النص على جواز الإعفاء الجزئي من الكفاية والرسم إذ إن المبلغ من القلة بحيث إما أن يكون للمدعي فقيراً فيبقى منه كله أو غير فقير فلا يعفى.
- راجع د/ عمرو بركات، مبادئ القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ١٥٧.
- (31) راجع اختصاص المحكمة الدستورية العليا المستشار محمد نصر الدين كامل، عالم الكتب، ١٩٨٩، ص ٢٨.
- (32) سبق للمحكمة الدستورية العليا أن قضت بأن الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة إذا كانت قد أحيلت إليها بعد قضاء محكمة جنوب القاهرة بعدم اختصاصها ولا تبايناً بنظرها استناداً إلى المادة ١١٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي توجب على المحكمة عند القضاء بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوى بمآلاتها إلى المحكمة المختصة التي تدخل في ولاية هذه المحكمة ويحدد الإجراءات التي ترفع بها فلا يجوز اللجوء إلى قانون المرافعات وعلى ما تقتضيه به المادة (٢٩) من قانونها. إلا فيما لم ينص عليه فيه ويشترط ألا يتعارض اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها.
- راجع الدعوى رقم ٤٠ لسنة ٧٢ ق دستورية، جلسة ١٩٨٧/١/٣، الجزء الرابع، ص ٩.
- (34) د/ محمد صلاح عبد البديع سيد، قضاء الدستورية في مصر، المرجع السابق، ص ٧٤.
- (35) جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ١٣١ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ في شأن اللجنة القضائية لإصلاح الأراضي أنه: ونظراً لأهميتها خلع عليها صفة قضائية وحددت طريقة تشكيلها ليكتفل لنزوي الشان من الضمانات ما يكفلهم القضاء العادي في هذا النوع من المسائل فبتم بذلك التوفيق بين مصالح الأفراد مسن = جهة ومصلحة الدولة في سرعة البت في مسائل ملكية الأراضي المستولى عليها.
- وكذا نصت المذكرة الإيضاحية للقانون ٣٨١ لسنة ١٩٥٦ بتعديل المادة ١٣ مكرراً من قانون الإصلاح الزراعي على أنه: وإلاّ أنشئت لجنة قضائية روعي في تشكيلها أن تكفل لنزوي الشان من الضمانات ما تكلفه لهم جهات القضاء
-
- (36) الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٢١ ق نقض جلسة ١٩٦٥/١٢/٢٣ – المكتب الفني ١٦٦-١٣٣٣.
- (37) المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٧ لسنة ١١٠٢ ق دستورية، جلسة ١٩٨١/٢/١٩، الجزء الأول، ص ١٦٠، والدعوى رقم ٨ لسنة ١١٠٢ ق دستورية، جلسة ١٩٨١/٢/١٩، الجزء الأول، ص ١٧٢.
- (38) راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٨، المكتب الفني، ٢٦-٧٧٢.
- (39) راجع المحكمة العليا الدستورية، الدعوى رقم ٤ لسنة ٤٠ ق دستورية، جلسة ١٩٧٦/٢/١٩، الجزء الأول، ص ٣٢٨.
- (40) راجع للمحكمة الإدارية العليا، الدعوى رقم ٨٧٢ لسنة ١٩ ق، جلسة ١٩٧٦/٢/٢٦، المكتب الفني، ٢١، ص ٣٣١.
- (41) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١١٠٢ ق دستورية، جلسة ١٩٨٢/٥/١٦، الجزء الثاني، ص ٥٠.
- (42) راجع الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢٠٢ ق دستورية، جلسة ١٩٩٣/١/١٩، للمجلد الخامس الجزء الثاني، لايند ٧٠٦-٣٤٧، ص ٢٤٨.
- (43) راجع عرض مسهب للجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، المستشار محمد نصر الدين كامل، اختصاص للمحكمة

الدستورية العليا ، ١٩٨٩ ، المرجع السابق ، ص ١٤ وما بعدها .

(44) راجع الشرع التفصيلي لمعيار التمييز من لهيئة القضائية واللجنة نواتي الاختصاص القضائي المستشار /محمد نصر الدين كامل ، اختصاص المحكمة الدستورية العليا ، للمرجع السابق ص ٨٧-٩٦ .

(45) قضت محكمة القضاء الإداري بأن لجان التقييد بجدول المحامين ولجان تقديمهم هي لجان إدارية رغم أن تشكيلها مقصور على كبار رجال القضاء والمحامين .

راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٩٢ لسنة ٢٦/١٢/١٩٥٠-٢٠٤ وراجع أيضا حكمها في الدعوى رقم ٥٠٥ لسنة ٢٦/١٢/١٩٤٩ المكتب الفني ٢-٨٦٢ والذي قضت فيه بأن طلبة الطعون في كشوف المرشحين للمعدي طبقا للقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٧ تعتبر لجنة إدارية رغم وجود عنصر قضائي في تشكيلها ورغم النص على أن قراراتها نهائية .

(46) قضت محكمة القضاء الإداري بأن المرسوم بقانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٥٢ الذي أنشأ محكمة الغدر قصد إلى إنشاء هيئة قضائية لإدارية بالرغم من دخول عناصر غير قضائية في تشكيلها . راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٩٤ لسنة ٢٦/١٢/١٩٥٤ ، المكتب الفني ٩-١٣٠ ص ١ .

(47) قضت محكمة القضاء الإداري بأن محكمة الصحراء التي كانت تقضى في المسائل الجنائية فيما مضى في شبه جزيرة سيناء والصحراوات الغربية والشرقية والجنوبية تعتبر هيئة قضائية رغم النص على أنها تعقد بأمر وزير الحربية وترفع استئنافاتها إليه للفصل فيها (راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ١١١١٠ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٢٥ - المكتب الفني ١٠-٢١١ وكذلك فإن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي تعتبر محكمة رغم أن أحكامها تخضع لتفصيل اللجنة العليا للإصلاح الزراعي (راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٧/١/١٥ ، المكتب الفني ١١-١٤٧ .

(48) في سنة ١٩٥٥ صدر القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن فرض مقابل تصديق على العقارات التي يطرا عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة ، وهذا القانون يفرض على بعض المدن والقرى مقابل تصديق على العقارات المبينة والأراضي التي تطرا عليها تحسين مقابل أعمال المنفعة العامة التي تجريها الدولة كإنشاء الطرق والمباني أو توسيعها أو تعديلها ، وكإقامة بمشروعات مجار ، وكإنشاء الكباري والمزلقانات والممرات السفلية أو تعديلها (المادتان ١ و ٢ من القانون) .

وعندما يتم عمل من أعمال المنفعة العامة ، التي يترتب عليها تحسين يصدر الوزير المختص قرارا يتضمن بيان هذا العمل وترتب به خيرية توضع حدود منطقة التحسين ويشرح هذا القرار في الجريدة الرسمية كما يُلصق في بعض الأماكن لإعلان عنه (المادة ٤) ، وعندئذ تجري مصلحة المساحة مسحاً لتحديد العقارات الداخلة في تلك المنطقة المحددة في القرار وتقوم بحصر ملاكها (المادة ٥) ، ويتعقد بعد ذلك لجنة من بعض الفنيين لتقدير قيمة العقار الداخل في تلك المنطقة قبل التحسين وبعد (المادة ٦) ، وعندئذ يصبح قرار هذه اللجنة نهائياً بعد اعتماده من جهات الاختصاص ويعلن إلى ذوي الشأن الذين يحق لهم الطعن عليه خلال ثلاثين يوماً من إعلانه به لبعض الجهات في هذا الطعن لجنة الفصل في الطعون المنصوص عليها في المادة (٨) من ذلك القانون ، ويرأسها أحد رجال القضاء ويجلس في عضويتها خمسة من المواطنين يمثلون جهات مختلفة .

ويعلن الطعن بموجب الجلسة بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ليحضر الجلسة بنفسه أو يستعين بمحام ويقدم دفاعه مكتوباً ثم تصدر اللجنة قرارها في الطعن مسبب (المادة ٩) و (الفقرة الأخيرة من المادة ٨) .

ويصدر اللجنة المذكورة قضت المحكمة الإدارية العليا بأنها يطلب على تكوينها العنصر غير القضائي مما لا يطمان معه لتوافر الضمانات الأساسية في التقاضي، مما لا يمكن معه اعتبارها قاضياً طبيعياً يتحقق به الحق الدستوري لكل مواطن في الاتجاه لقاضيه الطبيعي طبقاً لما كلفه الدستور في المادة (٧٨) منه من صون لحق التقاضي وضماناته .

ومن هنا فإنها تعتبر لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي خصوصاً وأن الاستفادة من نص المادتين ٩ و ٨ من القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ أنها تصدر «قرارات» نهائية ولا تصدر أحكاماً . ولا يغير من هذا النظر تنظيم بعض الإجراءات أمام اللجنة على نسق بعض من الإجراءات التي تتبع أمام المحاكم ، ذلك أن هذا التنظيم نتيجة طبيعية لما ينطأ بهذه اللجنة الإدارية من اختصاص قضائي . وإن كانت اللجنة لا تعتبر هيئة قضائية تصدر أحكاماً . ومن ثم فإن جهة القضاء الإداري تختص بنظر الطعون في القرارات الصادرة من هذه اللجنة .

راجع المحكمة الإدارية العليا القضية ٢٨٢ لسنة ١٨ جلسة ١٩٧٨/٤/٨ مجموعة الخمسة عشر عاماً لأحكام المحكمة الإدارية العليا ص ١٢٢ وفي ذات الاتجاه حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١٠/٢٦ - المكتب الفني ٣٧-١٤٨٤ .

هذا وكانت المحكمة العليا قد قضت بحكمها الصادر في الدعوى رقم ٢ لسنة ٢٦ ق «ع. تنازع» =

= جلسة ١٩٧٢/٧/٢ - القسم الثالث - ٢٢٢ بأن اللجنة سالفة الذكر هي هيئة قضائية ذات اختصاص قضائي .

وقد أعادت المحكمة الدستورية العليا تأكيد ذات المبدأ وذلك عندما دفعت هيئة قضايا الدولة بعدم قبول إحدى الدعاوى الدستورية أمامها استناداً إلى أن اللجنة المذكورة لا تعتبر من المحاكم وهيئات ذات الاختصاص القضائي، إذ قررت المحكمة أن هذا الدفع مردود بأن البين من استقراء أحكام القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ المشار إليه ، بأن المشرع قد ناط بالجهة المنصوص عليها في المادة الثامنة من هذا القانون ، اختصاص الفصل في الطعن في قرارات تغيير مقابل التحسين وراعي في تشكيل هذه اللجنة أن تكون برئاسة رئيس المحكمة الابتدائية ، وحرص على تقرير ضمانات التقاضي وإجراءاتها أمامها من إعلان نوى الشأن وسماع دفاعهم ، وعدم اشتراك من تكون له أو لذويه مصلحة في النزاع ، وصدر القرار مسبباً (لوا ٧، ٨، ٩ من هذا القانون) .

ومن ثم تعتبر هذه اللجنة هيئة ذات اختصاص قضائي في تطبيق أحكام المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٦ ، راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٢٢ لسنة ٨ ق

دستورية، جلسة ١٩٨٨/١/٤، الجزء الرابع، ص ١٣٤ .

(49) قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن التمييز بين الأعمال القضائية وبين غيرها من الأعمال التي تلتبس بها ، إنما يقوم على مجموعة من العناصر التي لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعي ، ولكنها تعين على إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائي من بينها أن إنباح الصفة القضائية على أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين ، يفترض أن يكون تشكيلها واستقلالها كاشفين عن حيديتها عند الفصل في النزاع ، وبمعيين إلى غيريتها في مواجهة أطرافه . وفي كل حال يتعين أن يؤثر النزاع المطروح عليها ادعاء قانوني يبلور الحق في الدعوى كرابطة قانونية تنعقد الخصومة القضائية من خلالها ، وبوصفها الوسيلة التي عنيتها المشرع لانتقاص الحقوق المدعى بها ومراعاة أن يكون إطار الفصل فيها محددًا بما لا يخل بالضمانات القانونية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها ، وعلى ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفًا ، ليكون القرار الصادر في النزاع مؤيدًا للحقيقة القانونية ، مبلورًا لمضمونها ، لتقرض نفسها على كل من الزمة المشرع بها بافتراض تطابقها مع الحقيقة الواقعة .

راجع الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٩٢٧ ق دستورية، جلسة ١٩٩٣/١/١٩ ، سالف الإشارة إليها ، المجلد الخامس الجزء الثاني، ص ٢٤٣ .

(50) راجع الدعوى رقم ٢ لسنة ٥ ق تنازع ، جلسة ١٩٨٤/١/١٦ ، الجزء الثالث ، ص ٤١٥ ، والدعوى رقم ٤ لسنة ٦ ق تنازع جلسة ١٩٨٧/١/٣ ، الجزء الرابع ، ص ٤٢٧ .

(51) راجع في ذات المعنى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢ ق دستورية، جلسة ١٩٩٣/١/١٩ سالف الذكر، المجلد الخامس الجزء الثاني ، ص ٢٤٦ بند (٤) .

(52) راجع الدعوى رقم ٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/١/٤ ، الجزء السادس ، ص ٨٥٦ .

(53) راجع د/ عبد العزيز سالمان ، رسالة رقابة دستورية القوانين ، المرجع السابق، ص ٣٣٣ .

(54) راجع د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة للمرجع السابق ، ص ٦٠٠ .

(55) راجع الدعوى رقم ٢١ لسنة ١ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٢/١/١١ ، الجزء الثاني ، ص ١٢٦ .

(56) راجع الدعوى رقم ١٨ لسنة ٦ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٥/١٢/٢١ ، الجزء الثالث ، ص ٦٦٢ - ٦٦٣ .

(57) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٢/٥/١٦ ، الجزء الثاني، ص ٥٢ .

(58) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف ، للمرجع السابق ، ص ٤١٤ .

(59) الدعوى رقم ٢ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٧/١/٤ .

(60) راجع د/ محمد صلاح عبد البديع ، قضاء الدستورية في مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٣ - ١٩٩٤ ، ص ٨٤ - ٨٥ .

(61) راجع الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٣ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/١/٢٠ ، الجزء السادس ، ص ٣١٥ - ٣١٦ .

(62) يلاحظ أن فكرة النص الساقط لم تكن واضحة في ذهن المحكمة ابتداء حيث كانت تقضي بداية بعدم دستوريته ومثال ذلك ما قضت به المحكمة من أنه ما كانت باقي مواد هذا القانون (رقم ١٢ لسنة ١٩٨١) مترتبة على مادته الأولى بما مؤداه ارتباط نصوص القانون بعضها ببعض ارتباطًا لا يقل الفصل أو التجزئة . ومن ثم فإن عدم دستورية نص للمادة الأولى وإبطال أثرها يستتبع بحكم هذا الارتباط - أن يلحق ذلك الإبطال باقي نصوص القانون المطعون فيه مما يستوجب الحكم بعدم دستورية القانون برمته .

راجع الدعوى رقم ٤٧ لسنة ٣ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٢/١/١١ ، الجزء الثاني ص ١٤٧ .

وفي قضية أخرى قضت المحكمة بأن « القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ المطعون فيه، = إذ نص في مادته الأولى على « ايلولة ملكية الأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها طبقًا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعي والقرار بقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ للعمل له إلى الدولة دون مقابل ، يكون قد جرد ملك تلك الأراضي المستولى عليها عن ملكيتها لها بغير مقابل فشكل بذلك اعتداء على هذه الملكية الخاصة ومصادرة لها بالمخالفة لحكم كل من المادة من ٣٤ في دستور سنة ١٩٧١ والمادة ٣٦ » .

وكانت المادة الثانية من القرار بقانون المشار إليه تنص على أن يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون وتنص للمادة الثالثة والأخيرة على أن « ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشره » .

وبصدور هاتين المادتين رأت المحكمة أنهما مترتبتان على المادة الأولى ومن ثم « فإن عدم دستورية نص المادة الأولى وإبطال أثرها يستتبع بحكم هذا الارتباط أن يلحق ذلك الإبطال باقي نصوص هذا القرار المطعون فيه بما يستوجب الحكم بعدم دستوريته برمته » .

راجع الدعوى رقم ١ لسنة ١ ق دستورية ، جلسة ١٩٨٢/١/٢٥ ، الجزء الثاني ، ص ١٢٧ . ولاشك في أن مسلك قضاء المحكمة الحديث في التفرقة بين النص الباطل والساقط هو الأصوب من الناحية الفنية .

- ويلاحظ أن هذه التفرقة في بلاد أخرى لم يتم التوصل إليها ومن ذلك لبنان . (الباحث)

(63) راجع الدعوى رقم ١٨ لسنة ٨ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/٢/٣ مجموعة للطابع الأميرية ١٩٩٦ ، الجزء الثاني ، ص ١٠ . وقد تم استعراض الأسباب التي قام عليها الحكم ص ٣٩٨ - ٤٠٠ من هذه الرسالة وذلك عند تناولنا بالتجليل لقضاء المحكمة الضريبي .

(64) توجد أحكام أخرى قضت بسقوط بعض النصوص فنذكر من ضمنها الحكم الصادر في الدعوى رقم ٥ لسنة ١٠ ق دستورية جلسة ١٩٩٣/١/١٩ حيث قضت المحكمة « أولا بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٣ مكرراً والمادة ٣ مكرراً من القانون رقم ١٠٧ لسنة ٧٦ بإنشاء صندوق تمويل مشروعات الإسكان الاقتصادي للعمل بالقانونين رقمي ٣ لسنة ١٩٧٨ والمادة ١٢ لسنة ١٩٨٤ . ثانياً بسقوط أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣ مكرراً والمادة ٣ مكرراً (١) والمادة ٣ مكرراً (٢) والمادة ٣ مكرراً (٣) والمادة ٣ مكرراً (٤) والبند (٥) والمادة ٣ (٦) من قانون الإدارة المحلية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ والمعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ .

وكذا الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٢٠٢ دستورية جملة ١٩٩٦/١٠/٥ حيث قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ ويسقوط فقيرتها الثانية والثالثة وكذلك للمادة ٢٠٨ مكررا والمادة ٢٠٨ مكررا (ب) من هذا القانون .

= وكذلك حكم المحكمة في الدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٩٧/٢/١ والذي قضى أولا بعدم دستورية ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ من قانون رئيس العقوبات ، من معاقبة رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول عن قسمها الذي حصل فيه النشر إذا لم يكن شمة رئيس تحرير بوصفه فاعلا أصليا للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته ثانيا يسقوط فقرتها الثانية .

وبسبب إسقاط هذه الفقرة موده كما سلف وأوضحنا ارتباطها بصورة لا تقبل التجزئة بالنص المقضى بعدم دستوريته إذ كانت تنص على الإعفاء من المسئولية الجنائية في حالتين :

١ - إذا اثبت ان النشر حصل دون علمه . وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشر .

٢ - أو إذا ارشد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة ، وقدم كل ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسئوليته ، واثبت فوق ذلك أنه لو لم يتم النشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته في الجريدة أو لضرر جسيم آخر .

(65) راجع كتاب مدخل إلى النظام التشريعي في الولايات المتحدة/ ترجمة د/ رائد السمرة، مركز الكتاب العربي، ص. ٥٠ - ٥٧ (66) المرجع السابق ص ٥١ - ٥٢ .

(67) يوجد بالولايات المتحدة أيضا ما يسمى بالمحاكم الخاصة ذات الاختصاص للحد من محاكمة الادعاءات وهي محكمة تختص بالنظر في الجرائم المرتكبة ضد الدولة ومحكمة التجارة الدولية ، ومحكمة الضريبة والمجالس القضائية الإدارية الفيدرالية وإن كانت الأخيرة ليست محكمة بالمعنى الفني . راجع في تفاصيل أكثر عن التنظيم القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية ، رسالة د/ كمال أبو الجعد، المرجع السابق ص ١٨٦ وما بعدها .

(68) تنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة للستور الأمريكي على أنه " ستمتد السلطة القضائية إلى جميع القضايا، طبقا للعقل والقانون، والتي تنشأ في ظل هذا الدستور ، وقوانين الولايات المتحدة، والمعاهدات التي أبرمت أو التي ستبرم طبقا لسلطاتها وإلى جميع القضايا الداخلة في اختصاص الأميرالية والبحرية - وإلى المنازعات التي ستكون الولايات المتحدة طرفا فيها وإلى المنازعات بين ولايتين أو أكثر ، وبين ولاية ومواطني ولاية أخرى، وبين مواطنين ولايات مختلفة وبين مواطني الولاية الواحدة الذين يدعون ملكية أراضٍ بموجب منح صادرة من ولايات أخرى، وبين ولاية أو مواطنيها وبول أجنبية، أو مواطني دول أجنبية أو رعيا أجنبي .

- وفي جميع القضايا التي تختص بالسفراء والوزراء العموميين والقناصل وتلك التي تكون إحدى الولايات طرفا فيها - ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الأصلية وفي جميع القضايا الأخرى التي ذكرت من قبل ، ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الاستثنائية . سواء من ناحية القانون أو ناحية الوقائع مع مراعاة ما قد يضعه الكونجرس من استثناءات أو قواعد " .

(69) هذا ويأتي الاقتناع عادة حال انطواء التنظيم على ما يفيد وجود نزاع بين محاكم الاستئناف الفيدرالية في دوائر قضائية مختلفة أو وجود تعارض ما بين حكم المحكمة العليا بالولاية والمحكمة العليا للولايات المتحدة .

راجع في ذلك كتاب مدخل إلى النظام التشريعي في الولايات المتحدة ، ترجمة د/ رائد السمرة ، المرجع السابق ، ص ٨٨ .

(70) راجع :

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op.cit. p. 88-89.

(71) راجع :

William J. Brennan, Jr., The National Court of Appeals : Another Dissent , University of Chicago Law Review 40 (Spring 1973) : p. 480 .

(72) راجع في التفاصيل

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit. p.90-93.

(73) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٢٠٢ دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧، الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧

(74) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٢ ق دستورية، جلسة ١٩٩٤/٥/٧ سالف الذكر .

(75) راجع الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٥/١٢/٢، الجزء السادس (مطابق) ، ص ١٤ .

(76) في الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٥ ق دستورية سالف الذكر كان القرار المطعون فيه صادرا من البنك الأهلي المصري "يرفع سعر الفائدة على أحد القروض بما يزيد عن ٧٪ واعتبرته المحكمة من غير القرارات الإدارية التنظيمية لتخرج المنازعة في شأنه بحق من ولاية المحكمة الدستورية العليا . إلا أن المدعي في الدعوى الدستورية طعن أمام هيئة المفوضين بعدم دستورية المادتين ٢٢٢، ٢٢٣ مدني بمقولة مخالفتها للمادة الثانية من الدستور . واعتبرت المحكمة أن ذلك ملنا = بالطريق المباشر وغير مقبول ، وإذا كانت ظروف الدعوى السابقة، تجيز أن تتناول الأسباب شروط القبول إضافة لشروط الاختصاص إلا أنه في دعوى أخرى لا يوجد مثل هذا التبرير مثل الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٩٤ حيث نعى فيها الدعوى على القرار بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٩ بشأن تكريم كبار قادة القوات المسلحة خلال حرب أكتوبر مخالفتها للدستور باعتباره الأحق والأجدر بالتقدير، واعتبرت المحكمة بحق أن عناصر التقويم تدور جميعها -ابتداء وانتهاء - حول مسار العمليات الحربية وتتأرجحها ، وقدر إسهام كل من القادة فيها . وهو الأمر الذي لا تملك المحكمة تقديره لغياب الوسائل القضائية التي توازن بها ، ومن ثم انتهت المحكمة إلى عدم الاختصاص . وفي أسباب حكمها أشارت إلى

- انتقاء مصلحة الدعي من دعواه وهي شرط لقبول دعواه الدستورية إذ إن الحكم بعدم دستورية هذا القرار يقانون في مجمل أحكامه ، يعني تجريدها من قوة نافذها ويزال الآثار القانونية التي رتبها لتؤول دعما فلا تولد حقا لأحد ، ولا يقوم بها مركز قانوني لا لدعي ولا غيره ولتتقد الحقوق المالية - محل دعواه الموضوعية - دعائها ...
- راجع في التفاصيل حكم المحكمة في القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٤/٨ .
- هذا وسوف نتناول فكرة عدم الاختصاص بتفصيل أكبر عند دراستنا للقيود الذاتية .
- (77) راجع الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٢ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/١/٨ .
- (78) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٧ ، الجزء السادس ، ص ٢٦٠ وقد انتهت المحكمة فيها إلى انتهاء الخصومة .
- (79) راجع الحكم بمجموعة المطالب الاميرية ، الجزء الثاني ١٩٩٦ ، ص ١٠١ .
- (80) راجع أيضا الدعوى رقم ٦١ لسنة ١٢ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/٥/٨ ، مجموعة المطالب الاميرية ، ص ٥٩ .
- (81) تنطبق ذات القاعدة حال رفض الدعوى المحالة .
- راجع في ذلك على سبيل المثال - الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٣ ق دستورية ، جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ ، الجزء الخامس المجلد الثاني ، ص ١٠٢ .
- (82) راجع الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٣ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٢/٢/١ ، الجزء الخامس المجلد الثاني ، ص ٢٠٦ .
- (83) راجع الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٩٢/١/٢ .
- (84) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٩٢/١/٧ .
- (85) قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه :
- « لما كانت الفقرة ١٢ من المادة (٨) من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية المعدلة بالقرار بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩ والتي اشتركت أعضاء من مجلس الشعب في تشكيل الدائرة الأولى للمحكمة الإدارية العليا - المطنون بعدم دستورتها - قد علقت بعد رفع الدعوى بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ الذي استبدل بهذا التشكيل تشكيلا جديدا يضم إلى أعضاء المحكمة عددا مماثلا من الشخصيات العامة بدلا من أعضاء مجلس الشعب ، وكان هذا التعديل قد أحدث أثره فور نفاذ القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ باعتباره - في هذا الخصوص - من القوانين المنظمة لإجراءات التقاضي التي تسري بأثر فوري على مالم يكن قد فصل فيه من دعاوى أو تم من إجراءات قبل تاريخ العمل بها إعمالا لحكم المادة الأولى من قانون المرافعات ، فحل بذلك التشكيل الجديد محل التشكيل الملغى موضوع الطعن ، ومن ثم تكون مصلحة الدعي في دعواه الراهنة قد زالت وتكون الخصومة الماثلة غير ذات موضوع الأمر الذي يتعين معه الحكم باعتبارها منتهية .
- راجع في ذلك الدعوى رقم ٨ لسنة ٢ ق دستورية جلسة ١٩٨١/١٢/٥ ، الجزء الثاني ص ٥ .
- (86) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٣ ق دستورية جلسة ١٩٩٤/٥/٧ .
- (87) راجع في ذات المعنى الدعوى رقم ١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٧ .
- (88) راجع هذا المعنى بالدعوى رقم ٥ لسنة ١١ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٢/٥/١٥ والدعوى رقم ٤١ لسنة ١٧ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/١٠/٥ .
- (89) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٩٢/٩/٥ .
- (90) راجع الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٨٨/٥/١٠ .
- (91) ومن أمثلة هذا التخفف أن مدعيا رفع دعواه الدستورية طالبا الحكم بعدم مشروعية نص قانوني ، فدفعت هيئة قضايا الدولة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر تلك الدعوى إذ إن جهة القضاء الإداري دون المحكمة الدستورية هي التي يدخل بحث المشروعية في ولايتها ، وهنا قضت المحكمة بأن النفع غير سديد تسميسا على أن العبرة بما قصد إليه الدعي حقيقة وتوخاه من دعواه ، ولا اعتداد بالعيارات التي توصل بها للدلالة على مراميه إذا كانت مجافية في مبنائها للمعنى الذي أرادها منها .
- راجع في ذلك الدعوى رقم ٦٨ لسنة ٤ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٢/٣/٧ .
- (92) راجع الدعوى رقم ١١ لسنة ١٥ ق « تنازع » ، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ .
- (93) راجع الدعوى رقم ٥٨ لسنة ١٢ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٤/٢/٥ ج/ ٦ ، ص ١٥٠ .
- (94) راجع ص ٢١٣ - ٢١٧ من هذه الرسالة .
- (95) تنص المادة ١٩٦ من قانون التجارة على أن الحكم بإشهار الإفلاس يجوز أن يصدر بناء على طلب نفس المدين المفضل أو طلب مدانيه أو الوكيل عن الحضرة الخدمية والمقصود بالوكيل عن الحضرة الخدمية النيابة العامة .
- (96) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٧٨/٦/١٠ ، مجموعة ١٥ عاما ، الجزء الأول ، ص ٣٩ - ١٤٠ .
- (97) درج مجلس الدولة على القضاء باختصاصه بالفصل في طلب إلغاء قرار النيابة العامة الصادر في منازعات الحيابة بشرط ألا ينطوي الأمر على جريمة من جرائم الحيابة وذلك قبل العمل بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ - في ذلك راجع للمحكمة الإدارية العليا المطنون رقم ١٨٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٨٥/١٠/٢٦ للمكتب الفني ، السنة ٢٢١ العدد الأول ، ص ٥١ .
- ويعد العمل بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ تغير الأمر فأصبح مجلس الدولة ينظر إلى تلك القرارات بوصفها من قبيل الأعمال القضائية بحسبانها يجب عرضها على القاضي الجزئي المختص ليصدر قرارا مسيبيا خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييدها أو بتعليقها أو بإلغائها .
- راجع في ذلك الموسوعة الإدارية ، الجزء ٢٥ ، ص ٤٩٥ .
- (98) راجع د/ صلاح الدين فوزي ، الدعوى الدستورية ، المرجع السابق ، ص ١٣٩ .
- (99) تنص المادة (٢٣) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة على أنه « يجوز الطعن امام المحكمة الإدارية العليا

في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أو من المحاكم التأديبية وذلك في الأحوال الآتية : ١ - ٢ -

٣ - ويمكن لنزوى الشان ورئيس هيئة مفوضي الدولة أن يطعن في تلك الأحكام خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم وذلك مع مراعاة الأحوال التي يوجب عليها القانون فيها الطعن في الحكم. أما الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري في الطعون المقامة أمامها في أحكام المحاكم الإدارية فلا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا إلا من رئيس مفوضي الدولة خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم وذلك إذا صدر الحكم على خلاف ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا أو إذا كان الفصل في الطعن يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لهذه المحكمة تقريره.

(100) مما يزيد رأينا ماقتض به المحكمة الإدارية العليا إبان عهد المحكمة العليا، والذي كان يقرر طريقة وحيدة لتحريك دعوى الدستورية وهي الدفع، بأن الاستفادة من نص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ أن الدفع بعدم الدستورية إنما يبدى من أحد الخصوم في الدعوى ولما كانت هيئة مفوضي الدولة طبقا لأحكام قانون مجلس الدولة لا تعتبر خصما في المنازعة لأنها ليست طرفا ذا مصلحة شخصية فيها - يترتب على ذلك أنه إذا كان الثابت أن الطاعن لم يدفع في أي مرحلة بعدم دستورية أي نص في قانون تنظيم الجامعات فإنه لا محل لأن تتصدى المحكمة للتعقيب على ما ورد بتقرير هيئة مفوضي الدولة بشأن عدم دستورية بعض مواد قانون تنظيم الجامعات

راجع الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء (١٤)، ص ٣٢٧، ٣٢٨. ويظهر من الحكم الآن أن المحكمة تتكلم عن الأحوال المعتادة لدور هيئة المفوضين وليس الأحوال الاستثنائية التي تعد فيها خصما.

(101) راجع الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق دستورية (٧ لسنة ٩ ق عليا)، جلسة ٥/٤/١٩٨٥، الجزء الثالث، ص ٢٠٩.

(102) راجع الدعوى رقم ١٣١ لسنة ٥ ق جلسة ٥/٧/١٩٨٨.

(103) الدعوى رقم ٥ لسنة ١١ ق جلسة ٥/١٥/١٩٩٢.

الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٠ ق جلسة ٥/١٥/١٩٩٢ ج ٢/٥ ص ٢٩١.

الدعوى رقم ٢٠ لسنة ٩ ق جلسة ٥/٤/١٩٩١

(104) راجع الدعوى رقم ٧٣ لسنة ٦٦/٤/١٩٩٢.

(105) راجع المستشار/ محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص ١١٤.

(106) د/ عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

(107) في هذا المعنى، الدعوى رقم ٤٧ لسنة ٣٢ دستورية، جلسة ١١/٧/١٩٨٢، الجزء الثاني، ص ١٢٧.

(108) راجع الدعوى رقم ١١٧ لسنة ٥٠ دستورية، جلسة ٢/٧/١٩٨٤، الجزء الثالث، ص ٧٦ حيث كانت محكمة الأمور المستعجلة قد نظرت الدعوى التي دفع فيها المدعى بعدم الدستورية ومنحته ميعادا غايته ٥/٤/١٩٨٤ فلم يرفع دعواه الدستورية إلا في ٤/٤/١٩٨٤، وكان شخصان قد تنحلا انضماميا إلى المدعى فقضت المحكمة بانقضائه بطريق اللزوم تبعا لإنقضاء الدعوى الأصلية.

(109) الدعوى رقم ٥ لسنة ٤ ق تنازع جلسة ٧/٧/١٩٨٤، الجزء الثالث، ص ٣٦٧.

(110) في هذا المعنى، الدعوى ١٣٩ لسنة ٤ ق دستورية، جلسة ٣/٥/١٩٨٦، الجزء الثالث، ص ٣٢٥.

(111) راجع الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٢ ق دستورية، جلسة ١١/١١/١٩٩٢، ج ٦، ص ٧٤.

وأيضا الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق، ج ٢، ص ٢٠٩ حيث قضت المحكمة بأن رئيس الجامعة هو صاحب الصفة في الادعاء، باسم جامعة الأزهر ومن ثم قبلت دعواه.

(112) راجع في هذا الاتجاه حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم ٩٩٥ لسنة ١٣ ق جلسة ١٤/١٢/١٩٦٨، لسنة ١٤، ص ١٣١.

(113) قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما هي شرط لأصحة إجراءات الخصومة فإذا باشر الدعوى من ليس أهلا لمباشرتها كانت دعواه مقبولة ولكن إجراءات الخصومة فيها هي التي يمكن أن يلحقها بالطلان.

راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الدعوتين ٥٩١، ٦١٣ لسنة ١٥، جلسة ٤/٢١/١٩٧٣، مجموعة الخمسة عشر ٢ عاما، الجزء الثاني، ص ٩٧٨.

راجع في هذا الاتجاه د/يسرى محمد العصار، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٨٣، ٨٤.

(114) راجع الخلاف حول شرط الأهلية، مستشار محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا المرجع السابق، ص ١١٤.

(115) راجع حكم المحكمة العليا الدستورية في الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ ق، جلسة ٦/٣/١٩٧٦، الجزء الأول، ص ٣٤٥.

(116) راجع في هذا الاتجاه د/ يسرى محمد العصار، شرط المصلحة، دراسة مقارنة - المرجع السابق، ص ١١٢.

الباب الثالث

تحليل الرقابة على دستورية القوانين
في القضاء الدستوري الأمريكى والمصرى

تقسيم:

إن أى دراسة للقضاء الدستوري يجب حتى تزداد ثراءً ألا تخلو من تحليل لأحكام ذلك القضاء، ونرى أن هذا التحليل العلمى المقارن هو أهم ما فى أى دراسة تكون لذلك القضاء.

وبالنسبة لدراستنا هذه فقد عمدنا إلى انتقاء مجالات محددة لأحكام المحكمة العليا فى الولايات المتحد الأمريكية تعتبر فى رأينا - هى الأهم ، ولم نعد إلى الإسهاب بالنسبة لأحكام هذه المحكمة قاصدين فحسب إظهار الطابع الحالى المتحفظ للمحكمة المعاصرة والتي يترأسها رئيس القضاء رنكوست .

أما بالنسبة لمحكتنا الدستورية العليا فقد اخترنا مجالات أربعة رئيسية للأحكام ، أسهبنا فى شرحها مع مراعاة أمرين رئيسيين، التطور الزمنى للأحكام، والتركيز الدقيق على فترة التسعينات وذلك لإظهار الطابع الحالى لمحكتنا والذي يبين منه تحررها وأنها إلى الإقدام أقرب .

وبالطبع لم نقلق الباب أمام المقارنة بين كثير من المجالات فى كلا البلدين بون التزام بالمقارنة الدقيقة فى كل مجال، منعا من الإطالة من ناحية، ولأن إظهار الطابع العام المتحفظ أو المتحرر لكل محكمة هو الأكثر أهمية، إذ عن طريقه يمكن توقع الاتجاهات المستقبلية للأحكام.

وعلى ذلك سوف تكون دراستنا لهذا الباب مقسمة على النحو الآتى :

الفصل الأول : التطورات الحديثة فى رقابة المحكمة العليا الأمريكية لدستورية القوانين.

المبحث الأول : الحرية الدينية .

المبحث الثانى : القيم العائلية.

المبحث الثالث : حق الملكية .

المبحث الرابع : المساواة.

المبحث الخامس: حقوق المتهمين الجنائيين.

المبحث السادس: الفصل بين السلطات.

المبحث السابع : الفيدرالية.

الفصل الثانى : اتجاهات المحكمة الدستورية العليا فى ممارستها للرقابة على دستورية القوانين .

المبحث الأول : مجال الحقوق السياسية.

المبحث الثانى: المجال الاقتصادى .

المبحث الثالث : مجال الحقوق الجنائية.

المبحث الرابع : مجال الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول

التطورات الحديثة فى رقابة المحكمة العليا الأمريكية لدستورية القوانين

المبحث الأول

الحرية الدينية

تمهيد:

نص التعديل الأول من الدستور الأمريكى على أنه لن يصدر الكونجرس أى قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية التعبير أو الصحافة أو يحد من حق الناس فى عقد اجتماعات سلمية، وحققهم فى التماس إنصاف من الحكومة من ضيم وإجحاف.

وقد اعتبر أن ما ورد بهذا الفصل يعد أساسا لضمان الديمقراطية الحقيقية، وبغير تلك الضمانات يغدو ما ورد من ضمانات ببقية وثيقة الحقوق «التعديلات العشر الأولى بالدستور» فارغا من أى مضمون، وهذا ما ذكره القاضى هيو جولاك⁽¹⁾ والذى هو من أكثر الدارسين للتعديل الأول إذ صرح فى معارضة شديدة اللهجة لأحد الأحكام بأنه يؤمن يوما بأن التعديل الأول هو الحجر الأساسى للحكومة الأمريكية، والحرىات التى يضمها تمنع من تحطيم كل الحرىات.

ومثال ذلك أن أحد الصحفيين أذاع بشبكة "CNN" تسجيلات الحكومة لتشااور الجنرال المخلوع نوريجا « ملك المخدرات » مع المحامين المدافعين عنه بحسبان أنه يعد إخلالا بحق المذكور فى محاكمة عادلة ، وقيل إنه إذا كانت الحكومة تستطيع أن تفعل ذلك مع الجنرال البانمى المخلوع فإنها تستطيع أن تفعله بسهولة أكبر مع أى مواطن .

والمعنى أنه ما كان يمكن الدفاع عن حقوق نوريجا بدون حرية الصحافة. وبداخل التعديل الأول يوجد تدرج فى النص على الحقوق فوردت الحرية الدينية أولا ثم حرية التعبير والصحافة ثم حق

الناس فى عقد اجتماعات سلميةالخ، وهناك خلاف حول قيمة هذا التدرج ومعناه من حيث الأهمية، ولم يترك واضعو الدستور سجلا مكتوبا يحسم هذا الأمر، ولكن بلا جدال فإن الحرية الدينية محل هذا المبحث من الأمور ذات الأولوية فى المخطط الدستورى.

وسوف ندرس فى هذا المبحث قضيتين توضحان موقف محكمة رنكوست تماما من هذا الأمر.

المطلب الأول

قضية⁽²⁾ " Lyng. v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n "

الفرع الأول: وقائع القضية

وتلخص وقائع هذه القضية فى أن منطقة تسمى Chimney Rock تعتبر مقدسة بالنسبة للقبائل الهندية فى كاليفورنيا، إذ يوجد بها ما يقرب من خمسة آلاف هندي أحمر يؤمن بقدسيتها ويسمون بها الوطن الأعلى high country وذلك نتيجة لخصوصيتها وصمتها وطبيعتها الهادئة المناسبة لإقامة الشعائر الدينية والروحية.

وكان جهاز خدمة الغابات بالولايات المتحدة قد اقترح إقامة طريق بها، فحذر من أن بناء الطريق بتلك المنطقة سوف يشكل خطرا غير قابل للإصلاح للمنطقة المقدسة التى يؤمن بها الهنود الحمر، إلا أن الجهاز رفض هذه التحذيرات وخطط لبناء الطريق بعيدا قدر الإمكان عن المناطق المقدسة المستخدمة فعلا من قبل الهنود واعترض على ذلك العديد من الهنود بأشخاصهم ومنظماتهم وكذا منظمات حماية البيئة ومجلس مدينة كاليفورنيا، وتوحدوا لرفع قضية ضد قطع الأشجار وبناء الطريق بالقرب من المواقع المقدسة، وكسبوا الدعوى أمام المحكمة المركزية وأثناء نظر الاستئناف أصبر الكونجرس قانونا حمى به أجزاء المنطقة المقدسة من أى نشاط تجارى شاملا حصد الأشجار عدا الانتزاع الذى يقوم به جهاز خدمة الغابة لد الطريق .

ورغم ذلك أيدت محكمة الاستئناف حكم أول درجة، من أن البناء ينتهك فقرة حرية ممارسة الدين الواردة بالتعديل الأول.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا أخذت اتجاهها معاكسا.

وقد كتب هذا الحكم القاضية ساندراى أوكتر، وينى على ركيزة الإقلال من تأثير بناء الطريق على قدرة الهنود الحمر على ممارسة ديانتهم، وأن الطريق بعيد قدر الإمكان عن الأماكن المقدسة، ومن ثم فهو أضعف وأقل البدائل المتاحة تأثيرا على تلك الأماكن.

وقد تألم الهنود كثيرا من هذا الحكم خاصة وأنه كان يشير فى أسبابه إليهم بكلمة **Indians** ولم يشير إلى كلمة **Native American** أى الأمريكيين الأصليين أصحاب الأرض.

الفرع الثانى: تقييم الحكم

انتقد الكثير من الفقهاء هذا الحكم تأسيسا على أن فيه إهمالا كبيرا لمجال الروح عامة ومكانة

البيئة الطبيعية لممارسة ديانة الهنود الحمر. و إنه وإن كان لا يطلب من القضاة أن يؤمنوا بديانات الهنود الحمر ومفاهيمها إلا أنه كان عليهم أن يركزوا في الأمر حتى يستخلصوا الجانب الروحي فيها ومدى تعلقه بالأرض.

فمفهوم الأرض عند الغرب يعنى الاستيطان فيها إضافة إلى استغلالها وإمكان التغيير في شكلها ولكنها تحقيقاً لأكبر استثمار لها وإمكان تحقيق التطور التقنى ، بينما مفهوم الهنود الحمر مختلف تماماً إذ يرى الهنود أن ديانتهم ووجوده وعشيرته تقوم على عدم انتهاك القوانين الطبيعية والحفاظ على الأرض بحالتها والمصادر الطبيعية حتى يمكن إقامة الاحتفالات الدينية ، ومن ثم لا يجوز وضع عوائق تمنع الوصول إلى الأماكن المقدسة.

وقد فهم القضاة المحتجون على الحكم - برين - مارشال - بلاكمان، هذا الأمر تماماً ورأوا الفارق بين المبادئ الدينية للرجل الغربى والهنود الأحرار، فبينما العقيدة هي أساس إيمان الرجل الغربى فإن إيمان الهنود يقوم على أساس من الارتباط المتشابك والمعقد بالأرض واستعمالها وقدسيتها وقد رأوا أن المحكمة لم تدرس الاختلاف وفق أى من صوره (3)، (4) .

وكرد فعل لهذا الحكم بدأت لجنة مختارة من قبل مجلس الشيوخ لشئون الهنود الحمر في إعداد تعديل لقانون حرية ممارسة ديانة الهنود الحمر لضمان عدم تقييد الديانة من قبل إدارة الأراضي الفيدرالية، وقد استمعت اللجنة لشهادة بعض رؤساء العشائر الهندية حيث أكد أحدهم على أن الحكم السالف كارثة على الحرية الدينية ، إذ يؤدي لحرمان الهنود من الحماية المعطاة لغيرهم من الأمريكيين، ويحرمهم من أراضيهم التي تقوم عليها ديانتهم منتهاكاً بذلك التعديل الأول للدستور إذ الهنود الأحرار يرى الرجل والطبيعة والديانة ككيان متكامل ويتم تنمية الروح الإنسانية عن طريق علاقة شخصية بهذه الأماكن، فإن تغيرت الأماكن المقدسة مع التطور فإن ممارسة الديانة الهندية سوف تتعرض للخطر، كما لا يعد مقبولا الادعاء بإمكان نقل هذه الأماكن إلى مواقع أخرى أكثر ملاءمة (5).

وإذا كان لنا أن ندلى بدلوينا فإن المرء لا يستطيع أن يحكم على الأمر إلا بنظرة المسلم الراضى لكافة أشكال الوثنية، ورغم أن وجهة نظر المحكمة لاعلاقة لها بوجهة نظرنا الشخصية ومن الطبيعي حدوث اختلاف (6)، إلا أننا نرى أنها حرمت نفسها من التحقق من صحة الادعاءات الدينية المقدمة أمامها، كما لم تحاول تعريف كلمة الدين " Religion " ، وهو الأمر الأولى اللازم التثبت منه حتى يمكن البحث في فكرة حرية ممارسته.

المطلب الثاني

قضية (7) Employment Division v. Smith

يوجد مذهب بأمريكا يسمى الـ "Peyote" ويعتمد على الممارسة التأملية التي تصل في أقصاها إلى الهلوسة ، وتختلف باختلاف الناس، ويؤمن الهنود الحمر بهذا المذهب بحسبانه يمكنهم من الهروب من آلام الحياة ويعطيهم شعوراً مؤقتاً بالسلام والتجانس في عالم ملئ بالفقر والعوز والاحتياج.

وقد ظهرت هذه العقيدة في القرن التاسع عشر، وفي بداية القرن العشرين تم عمل قانون أخلاقي يحكم المؤمنين بهذا المذهب يسمى **Peyote Road**، ويقوم على المحافظة على قيم أخلاقية معينة مثل الحب الأخوي والإخلاص الزوجي والعمل الجاد والمسئولية العائلية وتجنب الكحوليات نهائيا، وذلك كله كأساس للعيش بسلام في ذلك العالم المليء بالمشاحنات.

وتتلخص وقائع القضية في أن اثنين من الهنود الحمر المسيحيين أمنا ببعض المبادئ التي يفرضها مذهب الـ "**Peyote**" فأقاما بعض المسالك الاحتفالية المتعلقة بهذا المذهب، مما أدى إلى فصلهم من وظائفهم وعدم إفادتهم من تأمين البطالة بالنظر لأن فعلهم السالف يشكل جريمة جنائية ضمن قانون ولاية أوريغان التي كانوا يعملون بها .

وقضت المحكمةتان الابتدائية والعليا لصالح المدعين بحسبان أن ذلك القانون الذي جرم أفعالهما غير دستوري لمخالفته لفقرة الممارسة الحرة للدين.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا للولايات المتحدة كتب رأي الأغلبية القاضي سكاليا، وفيه ألغى حكم المحكمة العليا بأوريغان ورفض الاستمسك بالسوابق المقررة سلفا من المحكمة العليا ومنها سابقة **Sherbert** حيث أكد أنها تتعلق بعدم إمكان التوافق مع التنظيمات الوظيفية نظرا لمعتقدات دينية عديدة حال كون السلوك لا يشكل جريمة جنائية، أما حال كون السلوك جريمة جنائية وفق حق الولايات في تنظيم الأمر فهنا يكون الفصل صحيحا ولا يستحق تأمين البطالة (8) .

وقد رأى بعض الفقهاء أن هذا الحكم انتكاسة لحق الممارسة الحرة للدين، وأنه لو ترك أمر تأثيم الممارسات الدينية للهنود الحمر للولايات، فسوف يكون من الصعب إقناع المشرعين بالولايات بعدم تأثيم الأفعال التي تشكلها هذه الممارسات، كما أن هناك احتمالا بعدم المساواة بين الولايات في معالجة الأمر.

وبفرض وجود تأثيم جنائي فإن الأمر بالنسبة للهنود الحمر يستحق الإعفاء، إذ توجد دواعيه قياسا على حالة الإعفاء المقررة للطائفة المسماة **Amesh** من المسؤولية الجنائية الناجمة عن الإخلال بالتعليم الإجباري والذي تم سنة ١٩٧٢.

وعلى فرض أن هناك تأثيم للكحوليات وأن التأثيم الدستوري لها قد عاد ثانية، فإنه من الطبيعي ألا يمس الإعفاء المقرر لأسباب دينية كما هو الحال في الطقوس الشهيرة « بالناولة ».

ويبدو أن القاضي سكاليا وأغلبية محكمة رنكوست يرون أن فقرة الممارسة الحرة للدين لو تم التوسع فيها فسوف يؤدي ذلك إلى تدمير المجتمع.

ويرى البعض أن القضيتين الانفتحتين تعبران حقا عن اتجاه محكمة رنكوست العدائي للممارسة الحرة للدين عامة والهنود الحمر خاصة، بحيث إن المحكمة لم تستطع فهم الاحتياجات الدينية لهؤلاء الهنود رغم أنها لو أرادت أن تفعل ما أعيتهما الحيلة.

ويرى المعارضون أن المحكمة ورثت عداء القرن التاسع عشر لهؤلاء الهنود والذي تمثل في تحريم الرقصات الاحتفالية، وتحريم استعمال وسائل مذهب الـ "**Peyote**" وتحريم الألعاب اللازمة للديانة الهندية.

ويستند المعارضون إلى ما قرره بلاكمان في اعتراضه على حكم **Smith** بأنه وإن كان على

المحاكم ألا تخوض فى ما إذا كانت ممارسة دينية ما رئيسية للديانة من عدمه إلا أن عليها واجب أن تمنع تأثير القيود فى الولايات على ديانة الأقلية⁽⁹⁾ .

وهكذا انتكست الحرية الدينية للهنود خلال فترة رئاسة رنكوست للمحكمة العليا، وتسأل المعارضون حول الأقلية التى تستحق الحماية إذا كان الهنود الحمر قد حرموا منها.

ويؤمن المعارضون أن الحرية الدينية جردت عن طريق محكمة رنكوست من الاستقلال والحيوية ومن أى معنى حقيقى لها⁽¹⁰⁾ .

ويمكن القول فى غير المسألة الهندية - ويصفة عامة - إن محكمة رنكوست ترى فى التعديل الأول مابنع الكونجرس من إنشاء أى ديانة رسمية أو تفضيل إحداها على الأخرى.

وتدعو المحكمة - بقيادة رنكوست - إلى فقه جديد ومبدأ جديد يسمح للولايات أن تتصرف بإيجابية لتساند القيم الدينية بما ليس فيه تفضيل لإحداها على الأخرى ومن ثم فهى لا تحبذ الفصل التام بين الدين والدولة.

ومن الطبيعى أن نرى تعارضا كبيرا ما بين حماية سلطة الولايات وحماية معتقدات الأفراد الدينية ومن ثم فهذا يبرر كثرة الطعون على دستورية قوانين الولايات المتعلقة بالدين.

المبحث الثانى

القيم العائلية

تهديد :

إن مشكلة الآباء غير الشرعيين شديدة الأهمية فى الولايات المتحدة الأمريكية ، وذلك نظرا لتزايد العلاقات غير الشرعية وما ينجم عنها من أطفال، وتتأثر الأحكام فى هذا الموضوع بالرأى العام والقيم الأخلاقية للقضاة. وعادة ما تتمثل القضايا المتعلقة بالآباء غير الشرعيين فى طعون على قوانين الولاية بعدم دستورتها لانتهاكها للتعديل الرابع عشر من الدستور لمعاداتها للأب لصالح الأم رغم وحدة المركز القانونى لكليهما.

ولاجدال فى أن القوانين التى تحكم العلاقة الأسرية هى نتاج للمجتمع الذى ولدت فيه، وفى القانون الإنجليزى تعطى الحضانة للآباء مقتصرة عليهم وتسمى بالإنجليزية "read possession" أى الحياة المقررة.

والأم يصلها بالطبع كامل الحب والاحترام من أطفالها أما الحضانة فلا. ولم تتبع المحاكم الأمريكية وجهة النظر الإنجليزية السافقة، إذ رفضت فكرة الحضانة المقصورة على الأب دون الأم.

وبالنسبة للآباء غير الشرعيين لم تنتهج المحكمة العليا قاعدة موحدة بالنسبة لهم ولكن اتجهت إلى معاملة كل قضية على حدة، وحدث نوع من التضارب بين الأحكام ذات الحالات المتقاربة⁽¹¹⁾ .

ورغم أحقية الولايات فى تمتع قوانينها الأسرية بقرينة الدستورية إلا أنه حال انطوائها على إخلال بالحماية المتساوية، فإنه على الولاية حينئذ واجب إظهار أن التفرقة كانت ضرورية لحماية مصلحة ملحة لها⁽¹²⁾ ، وإلا كان النص غير دستورى .

ويتم فحص النصوص القانونية المنظمة للأمر السالف أحيانا استنادا إلى فكرة الإجراء الواجب قانونا بالتعديل الرابع عشر.

وسوف نتناول بالشرح ثلاث قضايا توضح الأمر في المطلب الأول، اثنين منها في عهد سابق على محكمة رنكوست إلا أنهما مفيدتان تماما في تفهم الأمر وفي المطلب الثاني سوف نقيم موقف المحكمة.

المطلب الأول

قضايا القيم العائلية

١ - قضية Caban v. Mohammed (13)

في هذه القضية الأب غير الشرعي طعن على إعطاء الأم وزوجها الجديد حق تبني أطفاله وحرمانه هو من هذا الحق بموجب أحكام المادة ١١١ من قانون العلاقات الأسرية الذي ينص على ذلك، ورأى أن هذه المادة تنتهك حقوقه الدستورية في الحماية المتساوية والإجراء الواجب قانونا.

ورأت ولاية نيويورك والأم المدعى عليهما أن القانون يتفق مع أحكام الدستور إذ إن دافعه هو تحقيق أفضل مصلحة للأطفال. ورفضت المحكمة العليا هذا التفسير وأكدت بداية أنها لا تنكر حق الولاية في وضع التشريع الذي يحمي العلاقة الحميمة بين أحد الأبوين وأطفاله، إذ إن هذا الهدف من الأمور القيمة التي تستأهل الإشادة ، إلا أنها ذهبت إلى فشل الولاية في إظهار العلاقة المنطقية التي تربط بين المعاملة المختلفة للأب غير الشرعي ومصلحة الولاية في توفير الرعاية عن طريق التبني لأطفاله غير الشرعيين.

وبمعنى آخر فإنه لا يوجد دليل يثبت أن إعطاء الأب ذات الفرصة المعطاة للأم في التبني سوف يعرقل تلك الإجراءات.

وهكذا خلصت المحكمة إلى أن حرمان الأب دون الأم من السير في إجراءات التبني هو أمر يستند إلى الجنس فحسب وليس لأي سبب آخر، ومن ثم ينتهك فقرة الحماية المتساوية المنصوص عليها بالتعديل الرابع عشر (14).

٢ - قضية Parham v. Hughes (15)

في هذه القضية قام المدعى بالطعن على حكم المحكمة العليا بولاية جورجيا بدستورية قانون الولاية الذي منعه من حق التقاضي عن موت ابنه خطأ، بالنظر لأنه لم يجعل علاقته شرعية بابه أثناء حياته.

ورأى الطاعن أن القانون ينتهك حقه في الحماية المتساوية بالتعديل الرابع عشر بإنكار حق الأب في ذلك ، دون الأم، الأمر الذي لا يرتبط بأي هدف حكومي هام.

وذهبت المحكمة العليا إلى دستورية القانون بحسبانه يمكن من جعل علاقة الأب بابه شرعية دون إلزامه بالزواج من الأم، وأن هناك مصلحة مشروعة للولاية في منع الادعاءات الزائفة بالأبوة بعد الوفاة بغية الحصول على التعويض عن الوفاة بفعل الغير الخاطئ.

وكتب القاضي باول رأياً موافقاً⁽¹⁶⁾ أوضح فيه أن النص دستوري لأنه يرتبط بهدف هام للولاية، ألا وهو مشكلة صعوبة إثبات الأبوة بعد وفاة الطفل غير الشرعي.

٢ - قضية Michael H. v. Gerald D. : (17)

تلخص وقائع هذه القضية في أن زوجة تسمى كارول كانت على علاقة زنا بعشيق لها أنثرت طفلة سميت فكتوريا، وقد اعتنى العشيق بهذه الطفلة واعتبرها ابنته، وأثبتت تحاليل الدم أن هناك احتمالاً يصل إلى ٩٨.٧٪ أن العشيق هو والد الطفلة وليس الزوج.

وكان قانون ولاية كاليفورنيا ينص على أن الطفل الذي يولد لامرأة تعيش مع زوجها ينسب لهذا الزوج⁽¹⁸⁾.

ولما أنكرت الولاية على العشيق أي حق في رؤية ابنته استناداً لعدم وجود أي علاقة قانونية بها، طعن في ذلك تأسيساً على عدم مراعاة شرط الوسائل⁽¹⁹⁾ القانونية السليمة في علاقته بطفله.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا قضت ضد العشيق بحكم صادر بأغلبية خمسة من أعضاء المحكمة.

وقد أسست المحكمة قضاها على ركيزة من أن للولاية مصلحة كافية في قطع علاقة العشيق بالطفلة وأن ادعاءه بوجود حق دستوري له يجب حمايته في علاقته بالطفلة غير صحيح ، إذ المصلحة واجبة الحماية يجب أن يقرها المجتمع كمصلحة⁽²⁰⁾ أساسية، والمصلحة المدعاة ليست « محفورة في أعراف وضمير المجتمع حتى يمكن وصفها بأنها أساسية ».

وأكد القاضي سكاليا الذي كتب الحكم أن العرف الأمريكي يحمي العائلة القائمة على أساس الزواج من مثل الادعاء الذي يدعيه الطاعن « العشيق »، وليس من الأعراف الأمريكية في شيء الاعتراف بأي حقوق للأب البيولوجي إذ ينكرها المجتمع الأمريكي بقوة.

المطلب الثاني

تقييم موقف المحكمة العليا من الأب غير الشرعي

إن التقييم الموضوعي للأحكام الثلاثة سألقة العرض المتعلقة بالأب غير الشرعي خاصة وغيرها من الأحكام في هذا المجال عامة تكشف عن التضارب الكبير بين الأحكام في هذا المجال رغم تماثل المواقف إلى حد بعيد، إذ تمثل تلك القضايا طعناً في قوانين الولايات من الآباء غير الشرعيين بادعاء عدم دستوريته انتهاكاً لحقوقهم الدستورية المقررة بالتعديل الرابع عشر.

وقد وجدنا المحكمة في قضية Caban تقرر عدم دستورية قانون الولاية الذي يحرم الأب غير الشرعي من حق اتخاذ إجراءات التبني لطفله، وكان منطق الأمور - وفق ما نظن - يستلزم السماح لذلك الأب غير الشرعي في قضية Parham أن يقاضى عن موت ابنه خطأ .

ولم تقتنع المحكمة حقيقة في قضية Caban بالمقولات التي ترى أن إعطاء الأب غير الشرعي الحق الذي يدعيه سوف يمنع الأم من التنازل عن حضانة أبنائها المؤسسات التبني خشية من ضمهم للأب ، وأن الآباء بالتبني سوف يصيبهم اليأس من اللجوء للتبني خشية من ظهور الأب الحقيقي، مما يضعف من فرص التبني التي تسعى الولاية لتتميتها ، أو أن الأب حال السماح له بهذا الحق سوف

يستتله للابتزاز المادى، إذ إن كل هذه الأمور يمكن وضع قواعد محكمة للتغلب عليها. والخشية من الانحراف فى التطبيق لاتصلح لمنع وضع القاعدة القانونية أو لانتهاك الحقوق الدستورية.

وقد يبدو غريبا عدم سريان المحكمة وفق ذات النهج فى القضية التالية وهى قضية **Parham** خاصة وأن الأب كان مثل الأب فى قضية **Caban** على علاقة قوية بطفله ويؤزره بصفة منتظمة وأعطاه اسمه، إضافة إلى أن الأم فى تلك القضية ماتت فى ذات الحادث، ومن ثم تغدو مصلحة الولاية المدعاة فى حماية القيم المعنوية غير متحققة تماما، ويغدو احتمالا بعيدا أن يدعى امرؤ أبوته لطفل ليقتضى تعويضا عن وفاته.

وهكذا يبدو جليا أن النص فى تلك القضية غير دستورى - بالمفاهيم الأمريكية - ورغم ذلك ذهبت المحكمة إلى دستوريته مؤكدة فى حكمها الذى كتبه القاضى ستيوارت أن الأمر ينطوى على سوء تفسير للمبادئ الأساسية التى تقع خلف فقرة الحماية المتساوية، وأنه من المناسب أن يعامل الأب غير الشرعى معاملة مختلفة عن الأم غير الشرعية نظرا لوجود أسس منطقية تبرر هذا الاختلاف فيما يتعلق بمسكلة إثبات البنوة.

والذى يفسر اختلاف موقف المحكمة فى القضيتين ، والذى صدر الحكم فيهما بأغلبية خمسة ضد أربعة هو تحول القاضى باول إلى الجبهة الأخرى لينكر الحقوق الدستورية للمدعو **Parham** بعد أن كان قد أقرها للمدعو **Caban** .

ولاشك أنه لاتوجد مصلحة فى اضطراب التوقعات حول اتجاهات المحكمة فى قضايا الآباء غير الشرعيين، ولكن من الواضح تأثير القيم المعنوية للقضاة فى مثل تلك القضايا وكذا تأثير الرأى العام.

فإن موقف المدعو **Caban** كان يدعو للتعاطف نظرا لأنه يدعى لضم ولده إليه تعاطفت معه أغلبية المحكمة أما موقف **Parham** فلم تتعاطف معه الأغلبية ، وغير القاضى باول موقفه ، نظرا لأن المذكور كان يسعى لمنفعة مادية تتمثل فى الحصول على التعويض المادى عن موت ابنه، ومن ثم فالموقف جد مختلف من الوجهة الإنسانية. وليس من المنتظر أن يتغير موقف المحكمة المتضارب مستقبلا من مثل تلك القضايا نظرا لغلبة النواحي المعنوية والعاطفية على قضاة المحكمة فى هذا الأمر (21) .

المبحث الثالث

حق الملكية " Property Right "

تم النص على حمايته دستوريا بالتعديل الخامس والرابع عشر فنص التعديل الخامس على أنه «..... لن يحرم شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون، كما أنه لن يتم الاستيلاء على الممتلكات الخاصة لاستخدامها فى الأغراض العامة بدون تعويض عادل» وأكد التعديل الرابع عشر على أنه «.....لا يحق لأى ولاية أن تحرم شخصا من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل» (23).

ويرى المحفظون أن حق الملكية لم يتم العناية به بدءاً من سنة ١٩٣٧، وبتحليل الأحكام الحديثة لمحكمة رنكوست نجد أنها لم تنعش الحقوق الاقتصادية عامة وحق الملكية خاصة بصورة كبيرة ، وذلك ربما لأنها لم تجد القضية المناسبة لحماية هذا الحق، ففي قضية **General Motors v. Rom- ein** (24) قضت المحكمة بأن ولاية ميتشجان لم تنتهك فقرة العقود « الفقرة العاشرة من المادة الأولى من الدستور » (25) ، لما أصدرت قانوناً يتطلب النفع بأثر رجعي لتعويض العمال إذ لا يوجد عقد تم إضعافه .

وقضت المحكمة بأن قانون (26) كاليفورنيا المتعلق بالموقف الخاص بالعربات المستخدمة كمنازل متحركة لا يعد سلباً لحق الملكية لأنه لم يأخذ الملكية مادياً ولم يحرم الاستعمال الاقتصادي لها.

وفي قضية أخرى ذهبت المحكمة إلى أنه لا يوجد محل للدعاء بالإخلال بالحماية المتساوية في القانون الضريبي لولاية كاليفورنيا إذ اعتبرت المحكمة أن عدم المساواة الموجود بالقانون له أساسه المنطقي (27). ويلاحظ أنه ما أن تجد محكمة رنكوست القضية المناسبة لإظهار طابعها المتحفظ فإنها لا تردد ألبته.

ومثال ذلك ما قضت به المحكمة في قضية **Lucas v. South Carolina Coastal Council** (28) والتي تلخص وقائعها في أن المدعو **David Lucas** اشترى قطعة أرض لبناء منزل عليهما بحوالي مليون دولار، وذلك بجنوب كاليفورنيا ، وعندما أصدرت الولاية قانوناً يمنع المذكور من البناء على ملكه قضت المحكمة العليا بـ كاليفورنيا بأن الولاية غير ملزمة بدفع تعويض عن قانونها لأنه صدر لمنع إبداء عام ومن ثم يعد استثناء على فقرة الممتلكات، ولما وصلت القضية للمحكمة العليا ألغت الحكم الآنف ، وذهبت إلى أن الاغتصاب للممتلكات يحدث إما بأن تأخذ الحكومة الممتلكات واقعياً أو أن يمنع القانون الاستخدام المنتج للشيء.

ويطبق ذلك على الوقائع وجدت المحكمة أن المدعو **Lucas** حرم من استعمال أرضه والانتفاع بها مما أخل بالتوقعات المنطقية لاستخدام أرضه، مما يوجب التعويض .

وقد عدلت المحكمة عن السوابق في هذا المجال والتي كانت ترى أنه لا يجب التعويض عندما يساند القانون هدف اجتماعي هام.

ويلاحظ أن حالة منع الاستخدام المنتج للشيء أكثر حدوثاً من حالة أخذ الممتلكات واقعياً.

ومن المتوقع أن يؤثر هذا الحكم على مجالات كثيرة تخل بحق الملكية مثل قوانين حماية الأصناف المعرضة للانقراض وحماية الأراضي المجففة والشواطئ.

ولو كانت الحكومة ستعوض في كل المجالات السالفة ، فإن تلك القوانين سوف ينتهي العمل بها، ومن هنا تظهر قوة الاتجاه المتحفظ لمحكمة رنكوست (29)، (30).

المبحث الرابع

المساواة

المطلب الأول

قضايا المساواة

إن مبدأ المساواة بين البشر من الحقوق المحفورة في الدستور الأمريكي وأكدته التعديل (١٤) والذي نص على أنه لا يجوز لأى ولاية أن تحرم شخصا داخل نطاق سلطاتها من المساواة فى الحماية أمام القانون.

وإذا كان واضعو الدستور يؤمنون ضمينا بأحقية العبد فى التمتع بصفة المواطنة إلا أن ذلك احتاج إلى المرور بحرب أهلية حتى يتأكد ذلك المعنى.

وقد استمر وضع الزواج كمواطنين من الدرجة الثانية فترة طويلة بعد الحرب الأهلية الأمر الذى دعى المحكمة إلى التدخل الفعال بحكمها فى قضية براون الذى قضى بعدم دستورية مبدأ الفصل مع المساواة، وذلك سنة ١٩٥٤⁽³¹⁾، وتدخل الكونجرس بمجموعة من القوانين الفعالة والمؤثرة أيضا، وذلك فى الستينات من هذا القرن مثل قانون الحقوق المدنية ١٩٦٤ وقانون حقوق التصويت ١٩٦٥ ، ومع ذلك لازالت المشكلة العنصرية إرهاباتها.

وبتحليل القضاء الحديث لمحكمة رنكوست يظهر أن المحكمة تؤمن بمبدأ الحياد العنصرى ، وهذا المبدأ يؤدى - حسبما نرى - إلى نوع من معارضة وسائل مكافحة التفرقة العنصرية وذلك يظهر جليا من القضيتين الآتيتين:

١ - قضية⁽³²⁾ City of Richmond v. J.A. Croson Co.

تلخص وقائع تلك القضية فى أن مدينة تسمى **Richmond** أصدرت قانونا يستلزم من المقاولين المتعاقدين مع المدينة أن يسندوا إلى مقاولين من الباطن ٢٠٪ من قيمة العقد، وهؤلاء المقاولون من الباطن لابد أن يكونوا أعضاء بجمعية تسمى " MBEs " وهى مكونة من الأقليات وهم الزواج ونزو الأصل الأسباني والشرقيون والهنود والإسكيمو. وطعن على هذا القانون بعدم الدستورية.

ولاحظت المحكمة العليا أن هناك قانونا فيدراليا مشابها للقانون المطعون عليه كانت المحكمة قد انتهت إلى دستوريته فى قضاء سالف لها صابر سنة ١٩٨٠ فى قضية **Fullilove** ⁽³³⁾ ، إلا أنها اعتبرت أن القضية الماثلة تختلف عن القضية السالفة، إذ إن الكونجرس تطبيقا للفقرة (34) الخامسة من التعديل الرابع عشر يملك سلطات علاجية لامتلكها الولايات ، فيملك الأول أن يعرف ويعالج آثار التفرقة العنصرية الواسعة، دون أن يعنى ذلك أن الولايات أو التقسيمات الأدنى تملك سلطات مماثلة ⁽³⁵⁾.

وقد استخدمت مدينة ريتشموند فكرة التصنيفات العنصرية وهو أمر قد يحدث إيذاء كبيرا، إذ قد يؤدى إلى الإحساس بالدونية العنصرية وإلى العداء السياسى.

وقد لاحظت القاضية ساندرا التي كتبت الحكم أن القانون لا يوجد ما يبرره من ناحية الواقع ، إذ لا يوجد ما يبرر نسبة الاحتجاز المذكورة (٣٠٪) كما يوجد تفاوت ما بين نسبة العقود الممنوحة للأقلية ونسبتهم إلى السكان، ولم تدرس المدينة عدد المقاولين المؤهلين من أعضاء "MBES" في السوق.

وخلصت المحكمة إلى عدم دستورية القانون إذ إن نسبة الاحتجاز المذكورة لم تكن محكية تماما ولا يمكن تبريرها كإجراء علاجي.

وقد انتقد هذا الحكم القاضي مارشال وأكد على عدم صحة وجهة نظر المحكمة الأساسية المتعلقة بفشل المدينة في إظهار أن عدم إسناد العقود إلى مقاولي الأقلية يرجع إلى العامل العنصري وأعلن سيادته أنه يحترم أي تصنيف دستوري بشرط مايلي :

أ - أن يخدم هذا التصنيف الأهداف الحكومية الهامة.

ب - أن يرتبط بها ارتباطا أساسيا.

ورأى أن المحكمة أسأت إلى ضحايا التفرقة العنصرية في الماضي والحاضر والذين من المفترض أن على الحكومة واجب مساعدتهم وأن الحكم محل الموضوع يسير وفق ذات المنهج.

٢ - قضية Board of Education of Oklahoma City Public School v. Dowell⁽³⁶⁾

في سنة ١٩٦١ رفع أباء التلاميذ دعوى أمام محكمة أوكلاهوما بادعاء أن هناك ضررا لحق بأولادهم من جراء التفرقة العنصرية بالمدارس العامة بمدينة أوكلاهوما.

وفي سنة ١٩٦٣ قضت المحكمة بأن مجلس التعليم بالمدينة يتبنى نظاما عنصريا في التعليم.

وفي سنة ١٩٧٢ لما وجدت المحكمة أن الجهود التي بذلها المجلس لم تسفر عن إنهاء التفرقة أمرت المجلس بتبني خططا لإزالتها.

وبعد خمس سنوات من ذلك ، ولما وجدت المحكمة أن المجلس أذن تماما للحكم وبناء على طلب المجلس بإنهاء القضية ، تم استجابة المحكمة إليه ولم يستأنف هذا الحكم.

وحدث في سنة ١٩٨٤ تغيرات في التركيبة السكانية أدت إلى مزيد من تواجد السود في مدارس البيض، ولحاولة التلطيف من آثار ذلك تبني المجلس خطة سميت "SRP" وهو اختصار كلمة " Student Reassignment Plan "

ورأى بعض أباء التلاميذ أن فيها انتهاكا لحقوقهم الدستورية في المساواة فطالبوا من ذات المحكمة إعادة النظر في الموضوع.

ورفضت المحكمة إعادة النظر وأكدت أن حكمها نهائي لا يقبل المراجعة، إلا أن المحكمة الاستئنافية للدائرة العاشرة ألغت هذا الحكم ورأت إمكانية الطعن على الخطة المسماة "SRP" وأن على المحكمة المركزية بأوكلاهوما أن تقرر في الأمر.

ولما نظرت تلك المحكمة الدعوى للمرة الثانية رأت أن الخطه لم تكن ذات قصد عنصري.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا للولايات المتحدة استنادا لما يعرف بالـ Certiorari⁽³⁷⁾ والذي هو أمر ترفع به المحكمة العليا القضية إليها من المحكمة الأدنى استنادا لما لها من سلطة

الإشراف على المحاكم، ذهبت المحكمة إلى صحة ما قضت به المحكمة المركزية من أن المركز المدرسي لمدينة أوكلاهوما يعمل وفق تعاليم فقرة الحماية المتساوية بالتعديل الرابع عشر ، ومن غير المنتظر عودته للطرق السابقة.

وأضافت المحكمة أن أهداف منع التفرقة قد تم تحقيقها وأنه منذ عهد قضية براون سنة ١٩٥٤ ، والرقابة الفيدرالية على المدارس المحلية تعد أمراً مؤقتاً مرتبطاً بالقضاء على الآثار المتبقية للتفرقة في الماضي ، وهو الأمر الذي انتهى حالياً ويفضل من ثم ترك الأمر برمته للسيطرة المحلية بحسبان أن ذلك يحقق أفضل صور المصالح الحكومية.

المطلب الثاني

تقييم موقف المحكمة الحديث من المشكلة العنصرية

إن المشكلة العنصرية ذات خطورة كبيرة - حقا - على الأمة الأمريكية وكانت سببا في الحرب الأهلية ، وظلت قائمة بعدها، وكذا بعد حكم المحكمة القيم في قضية براون⁽³⁸⁾ وحتى تاريخه. ويرجع هذا الأمر إلى عدم الالتزام بالنص الدستوري الذي ينهى تلك التفرقة، إذ إن واضعي الدستور وتعديلاته رغبوا بوضوح في القضاء على هذه المشكلة ، ولما تنته بعد بالنظر إلى وجود أشخاص في مراكز مؤثرة لا يؤمنون بالقضاء على العنصرية.

وهؤلاء الأشخاص موزعون على السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية. وموقف المحكمة العليا الحديث والظاهر من استعراض القضيتين الأنفتين يوضح جليا هذا الأمر، إذ تؤمن المحكمة العليا بمبدأ الحياد العنصري ، ومن ثم عدم الالتزام بالنص الدستوري الذي يلزم بإنهاء تلك المشكلة ، وهذا خطأ كبير من محكمة رنكوست نتمنى عدولها عنه.

ففي قضية " Croson " تجاهلت المحكمة حقيقة التفاوت بين نسبة العقود الممنوحة لما سمي MBES وهي 0,67% ، ونسبة سكان الأقلية وهي ٥٠٪، ولم تجد أن ذلك يبرر نسبة الاحتجاز المقررة وهي ٢٠٪. وفي قضية Dowell تجاهلت المحكمة أيضا حقيقة أن أكثر من ٥٠٪ من المدارس الابتدائية (٩٠٪) منها ذات عنصر واحد، ولم تجد ذلك كافيا لتبرير القضاء بأن تلك المدارس عنصرية. وهكذا يظهر جليا أن المحكمة فصلت في القضيتين الأنفتين متجاهلة واقع الأمر وما يجب أن يؤدي إليه.

ويظهر أن فكرة الحياد العنصري " Racial Neutrality " والتي تؤمن بها المحكمة تؤدي إلى قعودها عن القيام بدورها الدستوري تجاه مشكلة التفرقة العنصرية.

وإذا كانت المحكمة ترفض التصنيفات العنصرية فإننا نرى خطأ ذلك، إذ لا بد أن نعتد بالعنصر أولا لإدراك المشكلة ثم معالجتها بعد ذلك، فلا بد مثلا أن نعي بداعة أن ٦٧٪ من العقود ممنوحة للأقلية، وفي مرحلة تالية نضع علاجا للأمر بمحاولة إعطاء الأقلية نسبة ٢٠٪ على الأقل من العقود حتى يمكن بالتدرج أن نصل إلى علاج جذري للمشكلة ، ثم في مرحلة ثالثة وأخيرة نترك الأمر برمته لاقتصاديات السوق بعد أن تكون الأقلية قد وقفت على قدميها واشتدت عودها. وهكذا لا يمكن علاج التفرقة العنصرية دون وضع تصنيف عنصري وكما قال القاضي مارشال - حقا - ، فإنه كي ننهي التفرقة العنصرية يجب أن نعتد بالعنصر⁽³⁹⁾.

المبحث الخامس

حقوق المتهمين الجنائيين

تمهيد:

إن حقوق المتهمين الجنائيين يمكن استخلاصها من التعديلات الرابع والخامس والسادس والثامن والرابع عشر للدستور⁽⁴⁰⁾.

وكان د / كمال أبو المجد قد استخلص في رسالته بعض المبادئ اللازمة لتحقيق المحاكمة العادلة طبقا للدستور الأمريكي وفي إطار ما أقرته المحكمة العليا الأمريكية، وتلخص تلك المبادئ في وجود نص قانوني مفهوم يتضمن تحديدا واضحا للسلوك غير المشروع، ومبدأ حياد المحكمة ونزاهتها، وضرورة المحاكمة أمام هيئة المحلفين، والحق في الدفاع، وعدم إجبار المتهم على الشهادة ضد نفسه، وعلان التفيتش غير القانوني، إضافة لبعض الضمانات الأخرى التي ذكرها سيادته⁽⁴¹⁾، ومنعاً من التكرار والتطويل، ونظرا لاستقرار المبادئ المذكورة فإن ما بهما في هذا البحث هو بيان تأثير الطبيعة المحفوظة لمحاكمة رنكوست على حقوق المتهمين. والحق أن تلك المحاكمة تميل إلى الانقاص من تلك الحقوق وعدم تحقيق الحماية الدستورية وذلك يكون بأحد طريقتين، أولهما النظر الموضوعي في القضايا الجنائية ثم عدم منح الحماية الكافية لتلك الحقوق، وثانيهما هو غلق أو تضيق الطريق المؤدى لنظر القضايا الجنائية أمامها وذلك عن طريق الحد مما يسمى بأوامر الإحضار " Habeas Corpus " .

وسوف نركز على الطريق الثاني فندرس موقف رئيس القضاة من أوامر الإحضار في المطلب الأول ثم موقف المحكمة العليا منها في المطلب الثاني.

المطلب الأول

موقف رئيس القضاة رنكوست من أوامر الإحضار

إن النصوص القانونية المنظمة لأوامر الإحضار تسمح لهؤلاء الذين أدبوا في محاكم الولاية أو المحاكم الفيدرالية أن يلتمسوا مراجعة قضاياهم بالمحاكم الفيدرالية الأعلى.

وتحقق أوامر الإحضار حماية كبيرة للمتهمين الجنائيين في الولاية نظرا لأن معظم قضاة الولاية منتقبون ومن ثم غير منغلزين عن المحيط السياسي فينقصهم نتيجة لذلك القدرة على إصدار أحكام البراءة، بالنظر لأن القضاء المنتخب كفكرة هو تعبير عن رغبات الأغلبية أكثر من كونه حماية لحقوق الأقلية.

ولما كانت أوامر الإحضار تنظم بمعرفة النصوص القانونية وليس الدستور، فإن الأمر مرجعه إلى الكونجرس، ولذلك فقد تعرض الكونجرس لضغوط كبيرة من قبل رنكوست ليحد منها.

وبدأ ذلك بأن طلب رنكوست من مؤتمر رؤساء القضاة المنعقد في يناير سنة ١٩٨٨ أن يدرس مشكلة أوامر الإحضار فيما يتعلق بعقوبة الإعدام نظرا لأنها تؤدي إلى تأخير التنفيذ لسنين طويلة مما يؤثر على فاعلية القضاء الجنائي ويثقل كاهل المحاكم الفيدرالية.

وانتهى الأمر إلى تعيين القاضي المستقل « باول » ليرأس لجنة تتولى دراسة الأمر ووضع توصياتها الإصلاحية فيما يتعلق بقضايا عقوبة الإعدام.

وفى سبتمبر ١٩٨٩ قدمت اللجنة مقترحاتها إلى رئيس القضاة وذلك بتعليق تنفيذ عقوبة الإعدام على التظلم الأول فحسب إضافة إلى فرض وقت قصير جدا للمراجعة .

ورغم انتقاد تلك التوصيات من قبل المحكوم عليهم بالإعدام ومناصري المتهم الجنائي ، فإن رنكوست قدم اقتراحات لجنة باول إلى المؤتمر القضائي للولايات المتحدة للحصول على تصديق القضاة وموافقتهم على اعتبار تلك المقترحات أساسا لتشريع جديد يوصى به للكونجرس.

وقد كان رنكوست واثقا أن المؤتمر إذا وافق على تلك التوصيات فسوف يستجيب الكونجرس للأمر ويصدر تشريعا بها، إذ إنه جرى العمل على أن معظم التشريعات المتعلقة بالاختصاص القضائي للمحكمة العليا كتبت مشاريعها بواسطة القضاة أنفسهم.

وفى سبتمبر ١٩٨٩ قرر القضاة فى المؤتمر القضائي تأجيل القرار حول مقترحات باول حتى اجتماعهم القادم فى مارس ١٩٩٠ وذلك لإجراء مزيد من البحث واستشارة الزملاء.

وهنا فاجأ رنكوست الجميع وقدم الاقتراحات المذكورة للكونجرس نون انتظار مناقشتها بمؤتمر مارس ١٩٩٠ حسبما اتفق عليه القضاة.

وقد أدى مسلك رئيس القضاة رنكوست - الغريب والعجيب - إلى هجوم شديد على رنكوست - شخصا - ومقترحاته فى مؤتمر مارس ١٩٩٠، وأرسل القضاة خطابات للكونجرس يؤكدون فيها أن الاقتراحات المقدمة لاتمثل إلا وجهة نظر مقدمها وهو رئيس القضاة ولجنة باول، ولاتمثل بحال وجهة نظر القضاء الفيدرالى.

وقد أدى هذا الأمر إلى فشل جهود رنكوست لاستصدار تشريع من الكونجرس بالمقترحات المقدمة منه.

ومع ذلك لم ييأس رنكوست وقرر اللجوء إلى إحداث التغيير المرتقب عن طريق المحكمة نفسها بمساعدة من أغليبتها المتحفظة (42) .

المطلب الثانى

موقف محكمة رنكوست من أوامر الإحضار

كما أسلفنا لما فشلت جهود الإصلاح التشريعى لأوامر الإحضار حاولت المحكمة تحقيق مضمونه عن طريقها، وقد بدأت هذه المحاولات حتى قبيل فشل الإصلاح التشريعى المرغوب بواسطة حكمين كتبتهما القاضية ساندرا فى قضيتين (43) متتاليتين سنة ١٩٨٩ للإقلال من مجال أوامر الإحضار المبنية على حقوق دستورية جديدة أو على قواعد أعلنت بعد صيرورة الإدانة نهائية.

وإذا كان القضاة المتحفظون فى الأصل يدعون تقيدهم القضائى وخضوعهم لما يقرره الفرعان المنتخبان من قبل الشعب، إلا أنه فيما يتعلق بأوامر الإحضار فقد تم تغييرها لتحقيق فعالية للمحاكم الفيدرالية وللأحكام الجنائية ، وفى هذا فرض لفلسفتهم وفكرهم وخروج على ما انتهجه الكونجرس من رفض إصدار القانون المرغوب.

وماتسلكه محكمة رنكوست يعد فى حقيقته نشاطا وليس تقيدا ، وقد يؤدى إلى انتهاك حقوق المتهمين الجنائيين وعدم العدالة فى بعض الأحوال حسبما يظهر من المثالين الآتين:

١ - قضية Butler v. Mckellar ، (44)

تلخص وقائعها فى أن المدعو Butler أدين بالإعدام لارتكابه اغتصابا وحشيا وقتلا لإحدى النسوة فى جنوب كارولينا ، وذلك بعد سؤاله بوليسيا حيث كان محبوسا فى السجن بتهمة أخرى لاعلاقة لها بالأمر وكان المتهم قد مثله محام فى التهمة الأخيرة ، إلا أنه وقع على إقرار بتنازله عن حقه فى حضور محام أثناء سؤاله فى تهمة الاغتصاب والقتل ، وترتيباً على تنازله سنل ، وأدين اعتمادا على نتيجة سؤاله بالإعدام لارتكابه قتلا من الدرجة الأولى.

وطعن Butler على إدانته أمام المحكمة الاستئنافية بحسبان أن سؤاله دون حضور محاميه يعد انتهاكا لحقوقه الدستورية ، وانتهت تلك المحكمة لرفض الاستئناف.

وفى نفس اليوم كانت المحكمة العليا للولايات المتحدة قد أصدرت حكما فى قضية أخرى (45) مقتضاه ، أنه عندما يحبس شخص فى جريمة قتل مثل فيها بواسطة محام فإن البوليس لا يستطيع أن يسأله عن تهم أخرى مختلفة بدون حضور المحامى.

وعندما التمس المتهم من المحكمة العليا إحضار القضية استنادا إلى انتهاك حقوقه بواسطة البوليس ، رأت أغلبية المحكمة المكونة من خمسة قضاة أن القاعدة القضائية المتعلقة بالإحضار تمنع المتهم من الاستفادة بحق جديد يتعلق بالإجراء الجنائى.

ورغم أن سؤال البوليس للمتهم غير مسموح به إلا أن تلك القاعدة القضائية المقررة يجب ألا تنطبق بأثر رجعى.

وقد أكد القضاة المحتجون على الحكم أن الكونجرس وليس المحكمة هو المسئول عن حدود حق أوامر الإحضار ، وأن الأغلبية التى كثيرا ماتفاخر أعضاؤها بعدم رغبتهم فى انتهاك الحقوق المقصورة على المشرع أخلت بحق الكونجرس والمتهمين الجنائيين بالولاية .

ونرى أن ماتنتهجه محكمة رنكوست حاليا يؤدى كثيرا إلى إعدام أشخاص ربما لو سمحت المحكمة بقبول التماسهم موضوعيا لما أعدموا .

وينطبق ما نراه على القضية السالفة إذ أسفرت تحقيقات جريدة واشنطن بوست أن المتهم حقيقة يعانى من تخلف عقلى وأن عمره العقلى لايزيد بحال عن تسع سنوات ، ويعمل التحليل الذكائى له المسمى "IQ" (46) تبين انخفاض مستواه الذكائى لدرجة كبيرة حيث دخل السنة الأولى الابتدائية وعمره ١٢ سنة وانتقل للسنة الثالثة وعمره ١٦ سنة وفشل وترك الدراسة ، ومن ثم فهناك شكوك كبيرة حول قدراته العقلية وإدراكه للتنازل عن حقوقه فى مثول محاميه ومايمكن أن يترتب على ذلك من آثار .

وأضافت الصحيفة (47) أن محامى المتهم لم يدفع بكل ذلك لنقص خبرته الواضح من تقاضيه ثلاثمائة دولار فى القضية بينما المعتاد فى أمثاله تقاضى عشرة آلاف دولار ، ولم يدافع المذكور عن موكله أكثر من عشر دقائق .

وأعلن النائب العام أنه لو علم بتخلف المتهم عقليا ماسعى أبدا لإدانته ، وأضافت الصحيفة أن

مندوب وكالة التحقيقات الأمريكية أكد أن خصلة الشعر الموجودة على قميص المجنى عليها ليست هي خصلة المتهم.

٢ - قضية McCleshey v. Zant (48)

تلخص وقائع تلك القضية في أن أمريكيا زنجيا قضى عليه بالإعدام في جورجيا استنادا لقتله أحد رجال البوليس البيض أثناء سطوه على أحد المتاجر ، وقد قدم المتهم في التماسه الأول بإحضار القضية إحصاءات تثبت تعرضه لتفرقة عنصرية في الإدانة، إذ عندما يكون المقتول أبيض فإن احتمال الحكم بالإعدام على القاتل يزيد أربعة أضعاف وثلاثة من عشرة عنه لو كان القاتل أسود.

وقد رفضت المحكمة الالتماس لرفضها الاعتماد على هذه الإحصاءات. وتقدم المتهم بالتماس آخر مؤداه أن المتهم كان قد أكد على حقه في حضور محام أثناء سؤاله بالبوليس فلم يستطع البوليس أن يسأله مباشرة لاعتقاده في عدم فعاليته، فلجأ لحيلة تقوم مقام السؤال ألا وهي أنه أنزل مخبرا بالزنازة التالية له تصادق مع المتهم ثم شهد عليه بما يخل بحقوق المتهم الدستورية.

وهنا أيضا رفضت المحكمة الالتماس استنادا إلى أن الدفع الجديد كان يجب تقديمه مع الالتماس الأول ، إذ إن محامي المتهم يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم من ملف القضية وأوراقها أن هذا الجار هو مخبر سري .

وهكذا ضيقَت المحكمة تماما من مجال الالتماس الثاني بحيث إن معظم - إن لم يكن كل - الدفوع لامجال لها بعد إدانة المتهم إلا بالتماسه الأول وأصبح من النادر قبول الالتماس الثاني . ولاشك أن مادفع به المتهم كان موجها ضد شرعية الاتهام الموجه له ورغم ذلك لم تأخذ به المحكمة وأعدم المذكور رغم أن أحدا لم يشهد واقعة القتل بنفسه (49).

ولاشك في خطورة مسلك محكمة رنكوست الأنف على فعالية العدالة إذ يؤدي - في بعض الأحيان - إلى إعدام أبرياء وهو الأمر الذي لانؤيده.

المبحث السادس

الفصل بين السلطات

المطلب الأول

مبدأ الفصل بين السلطات

لايتضمن الدستور الأمريكي أى نص صريح يقرر مبدأ الفصل بين السلطات، غير أن الشراح يرون رغم ذلك أن نصوص الدستور المختلفة تفترض قيام هذا المبدأ وتلتزم مقتضاه في توزيع الوظائف الحكومية على السلطات الثلاث.

- فالمادة الأولى التي تنظم السلطة التشريعية تقرر أن جميع السلطات التشريعية المقررة

بمقتضى هذا الدستور يمارسها الكونجرس.

- والمادة الثانية التى تنظم السلطة التنفيذية تقرر أن السلطة التنفيذية يعهد بها إلى رئيس الولايات المتحدة.

- وأخيرا تقرر المادة الثالثة أن السلطة القضائية تمارسها محكمة عليا وعدد من المحاكم الدنيا⁽⁵⁰⁾.

وقد قصد الدستور مما تقدم منع تراكم السلطة لدى فرع واحد إذ سيؤدى ذلك لو حدث إلى الطغيان "tyranny" ، وعمد الدستور إلى تحقيق نوع من الفحص والتوازن بين الأفرع الثلاثة "checks and balances".

وعلى سبيل المثال فإن الرئيس يستطيع أن يعترض ويمارس حق الفيتو على مشروعات القوانين المرسلة إليه، كما أن مجلس الشيوخ- وكما أسلفنا- يجب أن يؤيد ترشيح الرئيس لقضاة ورئيس المحكمة العليا وغيرها من المناصب الهامة (م ٢ فقرة ٢ من الدستور).

ولاشك أن هذا الفصل المشرب بروح التعاون هو الأفضل إذ لا يجوز أن يكون الفصل مطلقا.

ورغم أن الدستور يحدد القواعد الأساسية للسلطات الثلاث والعلاقات بينها إلا أنه لا يجيب بوضوح على كل الأسئلة والمشاكل التى يمكن أن تظهر.

ويرى أرشيبالد كوكس⁽⁵¹⁾ أن ذلك من قوة الدستور إذ إنه يسمح للتفاصيل المتعلقة بالنظام الحكومى أن تتغير بواسطة الشعب ومطبقا للتغيرات الاجتماعية وهكذا فإن غموض الدستور هذا هو نقطة قوة وليس نقطة ضعف.

ويرى لويس فيشر⁽⁵²⁾ أن أى فراغ تركه الدستور غير منصوص عليه صراحة يعتمد فى حله على الأفرع الثلاثة للحكومة ذاتها، إذ يحدث أن يقوم أحد الأفرع بالأمر ويستتدرج رد فعل الفرعين الآخرين من حيث القبول أو الرفض فإن حدث التحدى والرفض تقوم المحكمة العليا بالفصل فى الأمر.

وإذا كان القضاء طرفا فى النزاع فإن القبول الاجتماعى حينئذ هو مصدر القوة الحقيقى للسلطة الجديدة المختلفة.

ومثال ذلك أن المحكمة العليا قررت فى قضية ماربى بأحقيتها فى رقابة الدستورية رغم عدم وجود نص صريح بالدستور يخولها هذه السلطة، ورغم ذلك فإن الاستخدام المتكاثف للحق فى الرقابة لم يحدث إلا لما تحقق لها القبول الشعبى بعد الحرب الأهلية الأمريكية.

وتعد قضية⁽⁵³⁾ الولايات المتحدة ضد نيكسون مثالا آخر لأهمية القبول الاجتماعى كمصدر لقوة المحكمة وماتقره من قواعد جديدة.

وكان النزاع فى هذه القضية يتعلق برفض نيكسون تسليم أحاديثه المسجلة داخل البيت الأبيض للمحقق الخاص فى القضية استنادا لما يعتقد نيكسون من وجود ما يسمى امتيازات تنفيذية "ex-ecutive privileges" تخوله كرئيس أن يمتنع عن تسليم تلك الأحاديث لأى جهة كانت، وبمعنى آخر فإن للفرع التنفيذى (السلطة التنفيذية) امتيازات على وثائقه وأحاديثه تجعلها منيعة وحصينة بحيث لا يجوز لسلطة أخرى أن تطلع عليها.

ولما كان المحقق الخاص فى القضية يؤمن بأهمية هذه الأحاديث كدليل إثبات فى القضية، فقد

أصبح الصراع أمام المحكمة العليا حول الأولوية واجبة الاعتبار حال المقارنة بين الاستجواب الجنائي وتلك الامتيازات التنفيذية، وقد انتصرت المحكمة للاستجواب الجنائي.

ولما كانت المحكمة العليا لا تملك السلطة اللازمة لتنفيذ الحكم، فقد كان يمكن لنيكسون أن يمتنع عن تنفيذه، خاصة وأن تنفيذه يعني القضاء على مستقبله السياسي كرئيس، إلا أنه وصله ضغط هائل من قبل الكونجرس والشعب بصفة عامة ومن ثم أذعن لتنفيذ الحكم.

وعندما تواجه المحكمة العليا بسلطة مختلفة من أحد الأقرع، فإنها تكون بين موقفين اثنين لاثالث لهما، إذ إنها إما أن تؤيد السلطة المختلفة رغم عدم وضوح النص عليها أو تتمسك بفصل السلطات وبصراحة الدستور.

المطلب الثاني

قضايا فصل السلطات

وسوف نستعرض بعض القضايا⁽⁵⁴⁾ المتعلقة بفصل السلطات لنتبين موقف المحكمة منها:

١ - قضية⁽⁵⁵⁾ Bowsher v. Synar

تلخص وقائع هذه القضية في أنه في ١٢ ديسمبر ١٩٨٥ أصدر الرئيس قانون توازن الميزانية والسيطرة على العجز الطارئ والمعروف باسم "Gramm - Rudman - Hollings Act"، والذي يهدف إلى استئصال العجز في الميزانية في الخمس سنوات التي تمتد من ١٩٨٦ - ١٩٩١ ليصل إلى صفر في سنة ١٩٩١. فإذا حدث في أي عام مالى عجز في الميزانية تجاوز كمية معينة فإن القانون يتطلب أن تقوم جميع الجهات بالاقطاع من ميزانيتها للوصول إلى مستوى العجز المقبول، ويتم اقطاع نصف النفقات من البرامج الدفاعية، والنصف الآخر يتم من البرامج غير الدفاعية، وأعطى القانون برامج معينة ذات أهمية من ذلك الاقطاع.

وهذا التخفيف الأنوماتيكي يتم من خلال إجراءات معقدة، إذ إن مديري مكتبين يسمى أحدهما **The Office of Management and Budget** ويطلق عليه اختصاراً "OMB"، ويسمى الآخر **The Congressional Budget Office** ويطلق عليه اختصاراً "CBO"، يقومان بصورة مستقلة بتقدير العجز في الميزانية خلال عام قادم فإن تجاوز هذا العجز القدر المسموح به بنسبة معينة، فهنا على كل مدير للجهازين السالفيين أن يحسب الخصومات الضرورية في البرامج الفيدرالية بما يؤدي إلى تخفيض العجز إلى ما لا يزيد عن القدر المسموح به، وعلى المديرين سالفى الذكر أن يقدموا تقريرهما إلى المراقب العام "The Comptroller General".

وعلى المراقب العام بعد مراجعة التقريرين المذكورين رفع تقرير بذلك لرئيس البلاد الذى عليه أن يصدر أمراً باحتجاز النفقات المقترحة من الميزانية "sequestration order".

وعلى الكونجرس أن يتدخل ويصدر تشريعاً بخضم النفقات المطلوب خصمها لتدارك الأمر كلياً أو جزئياً، فإن لم يفعل غداً أمر الحجز الرئاسى نافذاً.

ونظراً لأن المشرع توقع وجود طعون دستورية للإجراءات السالفة فقد قرر أنه في حالة القضاء

بعدم دستورية هذه الإجراءات فإن تقريرى المديرين سالفى الذكر يقدمان مباشرة للجنة تشكل من الكونجرس وقتيا لتخفيض العجز، وعلى تلك اللجنة أن تقدم تقريراً لمجلسى البرلمان، والذي عليه أن يصدر تشريعاً حول الأمر يكون هو الأساس لأمر الحجز الرئاسى.

وقد حدث خلال ساعات من إصدار الرئيس للقانون المذكور أن أحد أعضاء الكونجرس المعارضين على القانون ويدعى "Synar" سعى لإصدار أمر باعتبار أن القانون غير دستورى وانضم إليه أحد عشر عضواً من زملائه المعارضين.

وقررت المحكمة الفيدرالية المركزية أن دور المراقب العام فى تحقيق خصم الميزانية يخالف ماقصده الدستور من فصل السلطات، إذ إن هذا المراقب العام يمارس مهاماً تنفيذية ويعين من الرئيس بموافقة مجلس الشيوخ، أما عند عزله فإنه - وحسب القانون - يعزل فحسب بالاتفاق المشترك من قبل مجلسى البرلمان أو بواسطة الاتهام الجنائى.

ولما طعن على الحكم أمام المحكمة العليا أصدرت حكماً بأغلبية خمسة أعضاء مؤيدة فيه الحكم المطعون عليه.

وقد أوضحت المحكمة العليا فى أسبابها فكرة الفصل بين السلطات، وأن تجميعها يؤدى للطفان، واستخلصت بعد استعراضها لسوابقها فى القضايا المشابهة أن الكونجرس لا يستطيع أن يحتفظ لنفسه بسلطة عزل موظف يقوم بمهام تنفيذية عدا سلطة الاتهام الجنائى " impeachment " المنصوص عليها دستورياً ولو حدث ذلك لسيطر الكونجرس على تنفيذ القوانين وهو ما لا يسمع به مبدأ الفصل بين السلطات.

ولاحظت المحكمة أن خدمة المراقب العام تنتهى بقرار مشترك من مجلسى الكونجرس فى الأحوال الآتية :

- | | |
|----------------------|-------------------------------------|
| permanent disability | ١ - الإعاقة الدائمة |
| inefficiency | ٢ - عدم الكفاءة |
| neglect of duty | ٣ - إهمال الواجب |
| malfeasance | ٤ - الإقدام على عمل محظور |
| | ٥ - اقتراف جريمة أو سلوك غير أخلاقى |

a felony or conduct involving moral turpitude

ونهبأت المحكمة إلى أن هذه العبارات شديدة الاتساع ، إضافة إلى أنها تجعل هذا المراقب مروعاً للكونجرس ، وهو الأمر الذى لم ينكره الكونجرس أو المراقب نفسه.

ومن حيث إن المسئولية الأساسية للمراقب العام هى عبارة عن إعداد التقرير الذى يحتوى على التقديرات التفصيلية لمشروعات الدخل والإنفاق الفيدرالية، والخصومات الضرورية لتحقيق التوازن وفق نصوص القانون، ولما كان ذلك هو عبارة عن وظيفة تنفيذية لما تنطوى عليه من طابع تقديرى مؤثر فى تنفيذ القانون.

ومن حيث إن الكونجرس ينتهى دوره بوضع القانون إذ إنه ما أن يحدد اختياراته فإن دوره ينتهى حينئذ ولا يعود ثانية إلا بإصدار تشريعات جديدة، فمن ثم لا يجوز أن يكون له سيطرة على تنفيذ القانون.

ويتطبيق ما تقدم على الوقائع وجدت المحكمة أن الكونجرس يضع مسئولية تنفيذ قانون الميزانية فى يد موظف معرض للإقالة من قبله، الأمر الذى يعنى أن الكونجرس احتفظ بالسيطرة على السلطة التنفيذية خلافا للدستور ومبدأ فصل السلطات، وعليه انتهت المحكمة إلى عدم دستورية القانون.

وقد أيد القاضيان ستيفنز و مارشال الحكم وإن اختلفا معه فى الأسباب، حيث إنه لا يجوز للكونجرس أن يدخل المراقب العام سلطته السالفة، بحسبان أن تخفيض العجز فى الميزانية هو أمر من اختصاص الكونجرس وحده، وذلك بقانون يرسل مشروعه إلى الرئيس الذى عليه إما أن يصدره أو يعترض عليه.

٢ - قضية (56) Morrison v. Olson

أصدرت المحكمة حكما فى هذه القضية بأغلبية سبعة من القضاة بدستورية النصوص القانونية المتعلقة بالمستشار المستقل المنصوص عليه بالقانون الصادر سنة ١٩٧٨، لأنها لا تخالف فقرة التعيينات أو المادة الثالثة من الدستور أو مبدأ الفصل بين السلطات.

وتلخص وقائع القضية فى أن القانون المسمى "Ethics in the Government Act" يسمح بتعيين مستشار مستقل "independent counsel" لإجراء الاستجواب اللازم للموظفين من مستوى عال حال انتهاكهم للقوانين الجنائية الفيدرالية، وقد طلب القانون من النائب العام عندما تصله معلومات كافية للاستجواب قبل شخص خاضع للقانون الأنف ، أن يبدأ معه استجوابا مبدئيا ، وعندما يكمل استجوابه أو ينقضى ٩٠ يوما على بدايته ولم ينته من الاستجواب بعد، فإن عليه أن يعد تقريرا يعرضه على محكمة خاصة ينص القانون المذكور على تشكيلها ، بغرض تعيين مستشار مستقل إذا مارأى النائب العام أن هناك ما يدعو لذلك. وهناك نصان بالقانون المذكور يتكلمان عن إنهاء عمل المستشار المستقل :

الأول : يقرر أنه يمكن عزل ذلك المستشار إما بواسطة الاتهام الجنائى أو بواسطة عمل شخصى من النائب العام ولسبب مبرر فقط، كالعجز المادى أو عدم القدرة العقلية، أو لغير ذلك من الأسباب المؤدية لعدم القدرة على أداء الواجبات. وإذا تم عزل المستشار المستقل فإن على النائب العام أن يقدم تقريرا إلى كل من المحكمة الخاصة سالفة الذكر واللجنة القضائية لكل من مجلسى الشيوخ والنواب يحدد فيه الأسباب التى أدت إلى العزل.

الثانى : النص الذى يقرر أن عمل ذلك المستشار ينتهى بعد تقديم مذكرة للنائب العام بانتهاء عمله الموكل إليه قانونا.

كما يمكن للمحكمة المختصة "Special Division" إما من تلقاء نفسها أو بناء على اقتراح النائب العام إنهاء عمل المستشار المستقل إذا مارأت اكتمال المهمة أو أنه من الأفضل أن يكملها النائب العام.

وقد بنى الطعن على سببين على النحو التالى :

السبب الأول : إن القانون المطعون فيه يخالف نص المادة (٢/٢) من الدستور والتي تخول رئيس الدولة بناء على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ تعيين كبار الموظفين (57) .

وذهبت المحكمة بصدده إلى أن ذلك المستشار المستقل ليس من فئة الموظفين الكبار الذين يجب أن يكون تعيينهم من قبل رئيس الدولة وموافقة مجلس الشيوخ، وإنما هو من الموظفين الأقل الذين يمكن للكونجرس أن يخول التعيين بشأته للرئيس وحده أو لمحاكم القضاء أو لرؤساء الإدارات .

وقد استندت المحكمة في ذلك لما يلي :

أ - إن المستشار المستقل يمكن عزله بواسطة موظف أعلى منه.

ب - إن مهمته محدودة.

ج - إنه يتصرف في حدود الاختصاص القضائي المحدود المعطى له من قبل المحكمة المخصصة بناء على طلب النائب العام .

د - إن مدة عمله مؤقتة لارتباطها بعمل معين .

ويقوم السبب الثاني من الطعن على مخالفة القانون للمادة الثالثة من الدستور ولبدأ الفصل بين السلطات ، بحسبان أن تلك المادة تمد عمل السلطة القضائية فحسب إلى القضايا والنزاعات لتفصل فيها، ومن ثم فالمبدأ يمنع المحاكم من التوغل في عمل تنفيذي أو تشريعي منعا من الطغيان من ناحية وحفاظا على استقلال القضاء من ناحية أخرى، وقد خالف القانون المادة الثالثة لأنه أعطى المحكمة المخصصة سلطة اختيار موظف تنفيذي هو المستشار المستقل.

وذهبت المحكمة إلى رفض هذا الوجه من الطعن على ركيزة من أن فقرة التعيين (٢م/٢ من الدستور) تمكن الكونجرس بالنسبة للموظفين الأقل أن يخول تعيينهم للرئيس وحده أو لمحاكم القضاء أو لرؤساء الإدارات.

وإذ المحكمة المخصصة محكمة قضائية، والمستشار المستقل من الفئة الأقل فلا مخالفة دستورية في الأمر.

كما أنه لا مخالفة لبدأ الفصل بين السلطات ، إذ لا تشمل تلك القضية حقيقة على محاولة زيادة الكونجرس لسلطته على حساب السلطة التنفيذية، وإنما تتركز شبهة مخالفة مبدأ الفصل بين السلطات في الادعاء باغتصاب القضاء للسلطة التنفيذية وهو الأمر المنتفى، إذ يعين المستشار المستقل أصلا بناء على طلب النائب العام، الذي لا يستطيع أن يعين شخصا من اختياره ولا أن يحدد الاختصاص القضائي له، وأوضحت المحكمة أن المستشار مستقل لحد كبير عن أى محقق فيدرالى مما يشير إلى ضعف سيطرة النائب العام وبالتالي رئيس البلاد على ذلك الموظف التنفيذي الذي يقوم بمهام تنفيذية وهي الاستجواب والتحقيق ، إلا أنه لما كان القانون يسمح بإقالة المستشار من قبل النائب العام ولسبب مبرر ، إضافة إلى أن النائب العام هو الذى يطلب تعيينه أصلا، فمن ثم خلصت المحكمة إلى أن الأمر ينطوى على توازن معقول وليس فيه إقلال من السلطة التنفيذية أو إخلال بالتوازن المفترض بينها وبين السلطة القضائية، كما أنه لا يقلل من إمكانيات رئيس البلاد في أداء مهامه الدستورية.

وقد اعترض القاضى سكاليا على الحكم ورأى أن الحكم المطعون عليه أمام المحكمة العليا بعدم

دستورية القانون كان ينبغي تأييده ، لأن المحقق الجنائي يقوم حقيقة بعمل تنفيذي ، ولأن عمل المستشار المستقل يحرم الرئيس من حق الانفراد بالسيطرة على الأعمال التنفيذية .

وقد ضرب سكاليا مثالا بالسلطة التشريعية ، إذ إنها لو فوضت اختصاصها التشريعي فإن القانون المفوض يكون غير دستوري وليس هناك محل للتساؤل حول ما إذا كان القانون المفوض هذا قد انطوى على سيطرة كافية للكونجرس على التشريع من عدمه .

إذ يجب من وجهة نظر سكاليا أن تمارس السلطة التشريعية بكامل حذافيرها عن طريق الكونجرس .

وهكذا رأى سكاليا أن المحكمة أصدرت حكمها دون أساس كاف يوضح أساس استبعاد الاستجواب والتحقيقات الخاصة بكبار الموظفين من سيطرة رئيس الدولة نفسه .

هذا إضافة إلى أنه في ظل النظام الأمريكي الحكومي فإن فحص أعمال المحقق هو عمل سياسي بالدرجة الأولى ، إذ إن المحقق يختاره ويعزله رئيس الدولة الذي اختاره الشعب ووثق فيه ، ولما كان رئيس الدولة ليس من سلطاته اختيار شخص المستشار المستقل ، فإنه إذا حدث وأجرى الأخير تحقيقاته بغير عدالة فإن النتائج السياسية من جراء ذلك سوف تعود - ظلما - على الرئيس المنتخب وإدارته ، رغم أنه لم يختَر المستشار ابتداء .

٣ - قضية *Mistretta v. United States* (58) :

تلخص وقائع هذه القضية في أن الكونجرس أصدر قانونا ينظم لجنة الولايات المتحدة للعقوبة المسماة *United States Sentencing Commission* والتي تتولى وضع الإرشادات الجزائية التي على القاضي الجنائي اتباعها ، وإن جاز له الخروج عليها حال إدراكه أن وقائع القضية تدعو للتشدد أو التخفف مما تقرره اللجنة ، وعندئذ عليه أن يذكر الأسباب التي أدت تحديدا إلى ذلك .

واللجنة المذكورة هي لجنة مستقلة داخل الفرع القضائي ، وتشكل من سبعة لهم حق التصويت من بينهم رئيسها ، والذي يعينه رئيس البلاد بعد موافقة مجلس الشيوخ ، ويجب أن يكون ثلاثة من أعضائها من القضاة الفيدراليين ، ولا يجوز أن يكون أربعة من أعضاء اللجنة منتمين لحزب واحد .

هذا ويمكن عزل رئيس اللجنة وأعضائها من قبل الرئيس حال إهمالهم في واجباتهم أو سوء استخدامهم سلطاتهم أو غير ذلك من الأسباب الجدية .

والعضوية باللجنة لمدة ست سنوات تجدد لمرة واحدة فقط .

وفي ١٠ ديسمبر ١٩٨٧ اتهم المدعو *Mistretta* وآخرون بالاتجار في المخدرات وقدموا للمحكمة المركزية للولايات المتحدة - بميسوري - بدفع المتهم بعدم دستورية الإرشادات التي وضعتها اللجنة بحسبانها تعد انتهاكا لفقرة التأسيس ولبدأ الفصل بين السلطات ، إذ يمثل الأمر تفويضاً من قبل السلطة التشريعية غير جائز .

وعندما وصلت القضية للمحكمة العليا بناء على طعن *Mistretta* لعدم أخذ المحكمة الأدنى بوجهة نظره ، ذهبت المحكمة إلى أن فصل السلطات لا يمنع الكونجرس من الاستعانة بالفرعين الآخرين ، وأنه في ظل مجتمع متشابك فإن الكونجرس لا يستطيع أداء مهامه بكفاءة حال غياب القدرة على تفويض السلطة في حدود معينة ، وذهبت المحكمة إلى أن التفويض في الواقعة محل الموضوع

يتفق تماما مع المتطلبات الدستورية.

وعن الفصل بين السلطات ذهبت المحكمة إلى أن الفصل الحقيقي الذي قصده واضعو الدستور هو الفصل النسبي ولم يقصد به البتة أن تكون الأفرع الثلاثة لاسيطرة لها على بعضها، وإنما قصد أن يوجد نوع من الفحص والتوازن بين تلك الأفرع.

وإذا كان الدستور في ظاهره قد وزع السلطة لضمان الحرية فإن الواقع قد أدى لنشأة الحكومة المتعاونة.

وبالنسبة للفرع « السلطة » القضائية خاصة رأت المحكمة أن فصل السلطات قصد به بالنسبة إليه ألا يوكل لهذا الفرع مهام من الأفضل أن يتولاها غيره ، وأى نص يهدد استقامة ونزاهة العملية القضائية لا بد وأن يقضى بعدم دستوريته.

وعمل اللجنة المذكورة ليس فيه إخلال بالتوازن بين الأفرع الثلاثة . ورغم أن تلك اللجنة داخل الفرع القضائي إلا أنها لاتمارس سلطات قضائية بحتة - من حيث الواقع - إذ إنها ليست محكمة ، ولا يبرر وضعها داخل الفرع القضائي سوى أن دورها يشبه دور القاضى الذى يقرر العقوبة المناسبة على الجريمة المقترفة.

وإذا كان للجنة المذكورة دور سياسى واضح فإن ذلك لايعنى أنها غير دستورية إذ إن فصل السلطات لم يقصد به البتة أن يكون كل ماهو موضوعى يخالف كل ماهو إجرائى ، وكل ماهو سياسى يخالف كل ماهو قضائى.

وبمعنى آخر فإنه يجب تقييم الموقف حقيقة فى إطار عملى مع مراعاة اعتبارات المادة الثالثة، ومن ثم فإن وضع اللجنة داخل الفرع القضائي لايمثل أى تهديد لاستقامة العملية القضائية ، ولا يمد السلطة القضائية خارج الحدود الدستورية.

وعن تشكيل اللجنة المذكورة أشارت المحكمة إلى أن القاضى لايعين باللجنة دون رضاه، وأنه لم يثبت فى يقين المحكمة أن خدمة القضاة الفيدراليين باللجنة سوف يؤثر عمليا على عمل الفرع التشريعى أو نزاهته.

وعلى ذلك تغدو اللجنة وسيلة لتطوير القواعد المطبقة بواسطة السلطة القضائية.

وقد اعترض القاضى سكاليا على هذا الحكم مؤكدا أنه لايجد فى الدستور مايسمح لاية وكالة أو هيئة يخلقها الكونجرس أن تمارس سلطة وضع القوانين، إذ إن وضع القوانين هو سلطة مقصورة على الكونجرس.

ولاشك أن هذا الحكم سيشحج الكونجرس - بالباطل - على تفويض سلطاته التشريعية، وهو مالايجوز.

المبحث السابع

الفيدرالية

سبق لنا أن تناولنا تفصيلا موقف أنصار الفيدرالية⁽⁵⁹⁾ وخصومها من الرقابة، والقاعدة أن الحكومة المركزية لا يجوز لها أن تمارس أى نوع من السلطات غير تلك التى فوضت إليها بالدستور، إذ إن الدستور بمواده السبع وتعديلاته التى بلغت ٢٦ تعديلا حتى الآن يتضمن تعدادا حصريا محددا للسلطات التى يمكن أن تمارسها السلطة المركزية بفروعها الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية، ولذلك سميت الحكومة المركزية بالحكومة ذات السلطات المفوضة **delegated powers**، ورغم ذلك فقد جرى الاعتراف للحكومة بما يسمى بالسلطات المتأصلة **inherent powers**، وهى نوع من السلطات لابد من الاعتراف بها لأية دولة ذات سيادة سواء ورد النص عليها بالدستور أو لم يرد. ومثال تلك الأخيرة ما أقرته المحكمة العليا من أحقية الرئيس الأمر يكي فى ضمان تنفيذ القوانين تنفيذا آمينا وبمقتضى تلك السلطة يستطيع الرئيس أن يتخذ كافة الإجراءات لتنفيذ القوانين وحماية الحقوق والحريات الفيدرالية، وتوجد درجة أدنى من تلك المتأصلة تسمى السلطات الضمنية وتلك معترف بها للحكومة المركزية استنادا لما يمكن استخلاصه ضمنا من النصوص الدستورية منفردة أو مجتمعة، ومن ذلك أحقية الكونجرس فى وضع النصوص الدستورية موضع التنفيذ عن طريق ما هو ضرورى ومناسب **necessary and proper** "er"، وسند ذلك ماورد بالفقرة الأولى من المادة الثامنة من الدستور والتى تجعل للكونجرس السلطة فى سن جميع القوانين الضرورية والمناسبة لى يضع موضع التنفيذ السلطات التى يقرها الدستور⁽⁶⁰⁾.

وتحديد حدود السلطات المفوضة والمتأصلة والضمنية هو من الأمور التى للمحكمة العليا فيها القول الفصل.

ويختلف موقف المحكمة بحسب غلبة الطابع المتحفظ عليها أم المتحرر إذ منذ نشأة الولايات المتحدة والمتحفظون يساندون حقوق الولايات ويعارضون تقوية السلطة المركزية ، أى أنهم يعتبرون من خصوم الفيدرالية.

ويجد الفكر المتحفظ ركيزته فى التمسك بحرفية التعديل العاشر من الدستور والذى ينص على أن « السلطات التى لم تفوض للولايات المتحدة بمقتضى الدستور ، ولم تحظر بواسطته على الولايات يحتفظ بها للولايات كل على حده أو للشعب»، وقيل المواجهة مع روزفلت سنة ١٩٣٧ كانت المحكمة العليا المتحفظة تستند للتعديل العاشر المذكور كى تقضى بعدم دستورية الكثير من القوانين الفيدرالية ذات الطبيعة الاقتصادية التى تحد من عمالة الطفل أو تضع حدا أدنى للأجور، أو أقصى لتشغيل المرأة بوصف أن ذلك انتهاكا لسيادة الولايات.

وبعد المواجهة مع روزفلت الديمقراطى وبعد التعيينات التى أجراها عدلت المحكمة عن اتجاهها السالف وأيدت سياسة المعاملة الجديدة⁽⁶¹⁾ .

وقد ظهر خلال هذه الفترة اتجاه قوى نحو تأييد الفيدرالية ، وإخضاع المحكمة العليا لما يقرره الكونجرس ، وعبر عن هذه الروح بجدارة المدعو **Herbert Wechsler**⁽⁶²⁾ فى مقالة شهيرة له قرر فيها صراحة أن مصالح الولايات ممثلة فى الكونجرس، وعلى ذلك فإن العملية السياسية سوف تحمى تلك المصالح ولا حاجة للحماية القضائية.

وإذا كان الديمقراطيون يميلون إلى تأييد التنظيمات الفيدرالية في المجال الاقتصادي فإن ذلك مناطه أن تراعى تلك التنظيمات الحقوق والحريات المنصوص عليها بوثيقة الحقوق.

فمثلاً إذا استعمل الكونجرس سلطاته التنظيمية ليقلق عدداً من الصحف بإحدى القرى داخل إحدى الولايات فهنا يميل الفقه الديمقراطي الجديد إلى عدم دستورية هذا التشريع لا على أساس انتهاكه لفقرة التجارة بين الولايات ، ولكن على أساس انتهاكه لحرية الصحافة والتعبير بالتعديل الأول.

ورغم أن رنكوست متحفظ ومضاد للفكر الديمقراطي إلا أنه وعلى ما يبدو اقتبس ذات طريقة التفكير ليحيى مبدأ معارضة الفيدرالية وينعش التعديل العاشر. فيؤمن رنكوست أنه لا يهم قدر التجارة التي يملك الكونجرس تنظيمها إذ ستكون تلك التنظيمات غير دستورية إذا ما انتهكت حرية الولايات المحفورة داخل التعديل العاشر (63).

ويلاحظ أن المحكمة لم تقض بعدم دستورية قانون صادر عن الكونجرس لانتهاكه لفقرة التجارة بين (64) الولايات ، إلا مرة واحدة ما بين سنة ١٩٢٧ إلى سنة ١٩٩٢ ، وكان ذلك سنة ١٩٧٦ (65) في قضية مد فيها الكونجرس تنظيمات الأجور وساعات العمل الفيدرالية لتتطبق على موظفي الولاية. وكتب رأى المحكمة القاضي رنكوست قبل أن يصبح رئيساً للقضاة معلناً أن الدستور لا يسمح للحكومة الفيدرالية أن تمد سلطاتها إلى الولايات بما يؤدي إلى خضوع حكومة الولاية للسيطرة الكاملة للحكومة المركزية .

وبعد تسع سنوات لاقى الجمهوريون هزيمة مؤثرة لأفكارهم في قضية Garcia (66) سنة ١٩٨٥ ، حيث عدلت المحكمة العليا صراحة عن السابقة السالفة ورأت أنه من غير الممكن للمحكمة أن تحدد المعايير التي عندها تغتصب القوانين الفيدرالية حقوق الولايات ، وأنه من الممكن تخويل تلك المهمة للكونجرس.

وبالطبع اعترض رنكوست على ذلك الحكم وتوقع العدول عنه. وانتهاز الفرصة بعد أن أصبح رئيساً وقرر في قضية حديثة سنة ١٩٩٢ " New York v. United States " (67) العدول عن حكم جارسيا.

وتلخص وقائع القضية في أن الكونجرس أصدر قانوناً ينظم التخلص من النفايات الإشعاعية بالولايات ، ويسمح للولاية بفرض رسوم على النفايات التي تستقبلها من الولايات الأخرى، وينص القانون على أن الولاية التي لا تلتزم بالتنظيمات المفروضة ستكون مسؤولة عن الأضرار المباشرة وغير المباشرة الناجمة عن تلك النفايات.

ولما وصلت القضية للمحكمة العليا قضت بأنه وإن كان القانون قد استند لحق الكونجرس في تنظيم التجارة بين الولايات ، إلا أنه يجعل الولايات بين خيارين أحلاهما مر، فإما الالتزام بالتنظيمات التي فرضها الكونجرس بالقانون، وإما ملكية تلك النفايات.

وذهبت المحكمة إلى مخالفة ذلك للتعديل العاشر.

وهكذا ألغت المحكمة بهذا الحكم الحديث الاستنتاج الذي سبق التوصل إليه من حكمها في قضية جارسيا، والذي كان مقتضاه أن القضاء الفيدرالي لن يستخدم التعديل العاشر للقضاء بعدم دستورية التشريعات الفيدرالية.

ولاجدال أن هذا الحكم سيفتح الباب لطمعون مستقبلية في كثير من القوانين الفيدرالية البيئية ، والتي كثيراً ما تعتمد في تطبيقها على حكومة الولاية، كما أن هذا الحكم هو انتصار حاسم للاتجاه المتحفظ المعارض لبدأ الفيدرالية.

وهكذا يبدو أن رنكوست ومحكمته لهما اتجاه متحفظ شديد الوضوح في معظم المجالات، وأن تأخير إظهار هذا الطابع المتحفظ يرجع فحسب إلى محاولة أغلبية المحكمة انتقاء القضية المناسبة لتقرير المبدأ.

الفصل الثاني

اتجاهات المحكمة الدستورية العليا فى ممارستها للرقابة على دستورية القوانين المبحث الأول

مجال الحقوق السياسية

تحديد ونقسيـم:

نصت المادة (٦٢) من الدستور التى وردت فى الباب الخاص بالحريات والحقوق العامة على أن « للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأى فى الاستفتاء وفقا لأحكام القانون ومساهمته فى الحياة العامة واجب وطنى»، مما مفاده أن الحقوق السياسية المنصوص عليها فى هذه المادة - ومن بينها حق الترشيح الذى عنى الدستور بالنص عليه صراحة مع حق الانتخاب وإبداء الرأى فى الاستفتاء - اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التى حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان إسهامهم فى اختيار قياداتهم وممثليهم فى إدارة دفة الحكم ورعاية مصلحة الجماعة ، على أساس أن حق الانتخاب والترشيح خاصة هما حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بدون أيهما ولتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة إذا هما أفرغا من المضمون الذى يكفل ممارستها ممارسة جدية وفعالة ، ومن ثم كان هذا الحقان لازمين لزوما حتميا لإعمال الديمقراطية فى محتواها المقرر دستوريا ولضمان أن تكون المجالس النيابية كاشفة فى حقيقتها عن الإرادة الشعبية ومعبرة تعبيرا صادقا عنها، ولذلك لم يقف الدستور عند مجرد ضمان حق كل مواطن فى ممارسة تلك الحقوق السياسية ، وإنما جاوز ذلك إلى اعتبار مساهمته فى الحياة العامة عن طريق ممارسته لها واجبا وطنيا يتعين القيام به فى أكثر مجالات الحياة أهمية لاتصالها بالسيادة الشعبية التى تعتبر قواما لكل تنظيم يرتكز على إرادة هيئة الناخبين . ولئن كانت المادة ٦٢ من الدستور قد

أجازت للمشرع العادي تنظيم الحقوق السياسية الثلاثة بما نصت عليه من أن ممارسة هذه الحقوق تكون وفقا لأحكام القانون، فإنه يتعين عليه أن يراعى في القواعد التي يتولى وضعها تنظيما لتلك الحقوق ألا تؤدي إلى مصادرتها أو الانتقاص منها وألا تنطوي على التمييز المحظور دستوريا أو تتعارض مع مبدأ تكافؤ الفرص الذي كفلته النولة لجميع المواطنين ممن تتماثل مراكزهم القانونية، وبوجه عام ألا يتعارض التنظيم التشريعي لتلك الحقوق مع أي نص في الدستور بحيث يأتي التنظيم مطابقا للدستور في عموم قواعده وأحكامه⁽⁶⁸⁾.

ونظرا لأن حق الانتخاب⁽⁶⁹⁾ والترشيح هما الأهم من بين الحقوق السياسية ولأن مجلس الشعب هو المجلس الأهم لإقامة حياة نيابية سليمة، لذا سوف نركز في هذا المبحث على تحليل لقضاء المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق برقابته على كيفية تنظيم المشرع لتكوين مجلس الشعب وتقسيمه للدوائر الانتخابية ثم نختمه بمطلب عن حق الاستفتاء.

وبدأة فإن هناك⁽⁷⁰⁾ خمسة أحكام هامة أصدرتها المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بتقسيم الدوائر الانتخابية أولها هو الحكم الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٨٧ فيما يتعلق بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٢، وثانيها وثالثها الحكمان الصادران بجلسة ١٥ أبريل سنة ١٩٨٩ فيما يتعلق بقانون نظام الحكم المحلي الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١، وما يتعلق بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ في شأن مجلس الشورى قبل تعديله بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٩، ورابعها الحكم التاريخي الصادر بجلسة ١٩/٥/١٩٩٠ فيما يتعلق بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦، وخامسها الحكم الصادر بجلسة ٢/٣/١٩٩٦⁽⁷¹⁾ فيما يتعلق بقانون نظام الحكم المحلي أيضا. وكان المشرع قد تبني نظام الانتخاب بالقائمة بعد التعديل الدستوري سنة ١٩٨٠ والذي نص على تعدد الأحزاب، وكان ذلك بتعديل أحكام قوانين مجلس الشعب والحكم المحلي ومجلس الشورى قطعن على تلك التعديلات.

وبعد إيداع تقرير هيئة المفوضين لدى المحكمة الدستورية العليا متضمنا رأبها المسبب بعدم دستورية بعض مواد القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨٢، وتحديد جلسة ٣/١/١٩٧٨ لنظر دستورية هذا القانون، قامت الحكومة على عجل واستباقا للأحداث بعمل تعديل للقانون المطعون فيه قدم لمجلس الشعب فاقره. وصدر القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٦ ليجمع بين نظام الانتخاب بالقائمة والانتخاب الفردي، وأصدر رئيس الجمهورية قراره رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٧ بحل مجلس الشعب في ذلك الوقت، وبالطبع فإن الحكومة والمجلس لم يفتنا إلى عدم دستورية التعديل الأخير هو الآخر والذي أكدته المحكمة الدستورية العليا بحكمها التاريخي المشار إليه.

ونظرا لأهمية الحكم المذكور إضافة للحكم الأول على وجه الخصوص فسوف نتناولهما بغير قليل من التفاصيل، ولكن بعد أن نحدد أولا البعد الكمي والكيفي لمشكلة تقسيم الدوائر الانتخابية.

وعلى ذلك فسوف تكون دراستنا لهذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: البعد الكمي والكيفي لمشكلة تقسيم الدوائر الانتخابية.

المطلب الثاني: تحليل حكم المحكمة الأول الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٨٧ في القضية رقم ١٣١ لسنة ٦٦ «دستورية».

الفرع الأول : منطوق الحكم وأسبابه .

الفرع الثاني: تعليقنا على الحكم .

المطلب الثالث : تحليل حكم المحكمة الرابع والتاريخي الصادر بجلسة ١٩/٥/١٩٩٠ في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩٩ق « دستورية ».

الفرع الأول : منطوق الحكم وأسبابه.

الفرع الثاني: موقف الفقه المعارض للحكم.

الفرع الثالث: رأينا في الموضوع .

المطلب الرابع : حق الاستفتاء الشعبي .

الفرع الأول : تحليل قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بحق الاستفتاء.

الفرع الثاني: رأينا في الموضوع .

المطلب الأول

البعد الكمي والكيفي لمشكلة تقسيم الدوائر الانتخابية

أولا البعد الكمي ،

تعنى فكرة البعد الكمي في إطار مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليهما بالمادتين ٤٠، ٨ من الدستور أن يكون عدد السكان الذين يمثلهم النائب الواحد متساويا في جميع الدوائر مع مراعاة الحد الأدنى لأعضاء مجلس الشعب وهو ٣٥٠ عضوا (م ٨٧ من الدستور) ولأعضاء مجلس الشورى وهو ١٣٢ عضوا (م ١٩٦ من الدستور) ، وكان تقرير هيئة المفوضين في القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ ق دستورية قد أكد على أن المشرع عندما يقسم الدوائر الانتخابية عليه مراعاة المساواة بين الناخبين بحيث يكون عدد الناخبين المخصص لهم نائب في الدائرة مساويا لعدد الناخبين المخصص لهم نائب في دائرة أخرى، ولكن المحكمة الدستورية بحكمها الرابع التاريخي صحت هذه الوجهة من النظر عندما نصت بأن التحديد العددي للمقاعد المخصصة لكل دائرة يجب أن يقوم كقاعدة عامة على أساس عدد المواطنين بها.

ويلاحظ أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ محل الطعن بالقضية الأولى قد ألزم بضمان المساواة العديدة وجعلها هي القاعدة العامة في تحديد عدد الأعضاء بمجلس الشعب بحيث يمثل عضو البرلمان حوالي مائة ألف مواطن تقريبا (وليس ناخب) ، وقد أشار تقرير هيئة المفوضين بتلك القضية لوجود بعض الانحراف عن قاعدة المساواة العديدة في بعض الدوائر كنواثر محافظة الجيزة دون مبرر إلا أن المحكمة لم تتعرض في حكمها لهذا الأمر.

ويلاحظ أن القانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ قد انحرف كلية عن قاعدة المساواة بالنسبة للمستقلين مقارنة بالمنتخبين لأحزاب سياسية.

ولا تقتصر ضمانات المساواة العديدة على انتخابات مجلسي الشعب والشورى وإنما تمتد إلى انتخابات المجالس المحلية.

ويمكن الخروج على مبدأ المساواة العددية لأسباب موضوعية تقبلها المحكمة الدستورية، إذ يرى د عادل خليل⁽⁷²⁾ أنه لا يوجد ما يمنع من الناحية الدستورية بالسماح بقدر محدود من الانحراف عن قاعدة المساواة العددية بشرط توافر المبررات الموضوعية لذلك، كالرغبة في المحافظة على الحدود الجغرافية لمناطق معينة، وتحقيق الاتصال والتلاصق بين المناطق المتصلة جغرافياً، على أن تخضع المبررات التي يسوقها المشرع للانحراف عن مبدأ المساواة الحسابية الدقيقة لرقابة المحكمة الدستورية العليا، وهذا هو المعمول به في أمريكا.

ثانياً البعد الكيفي :

إن ضمانة البعد الكيفي ذات شقين أحدهما يتعلق بالناخبين والآخر يتعلق بالمرشحين، فبالنسبة للناخبين فإنه يجب أن يكون لصوت الناخب ذات الوزن والثقل الذي لغيره من الناخبين سواء في ذات الدائرة أو في دائرة أخرى، وبالنسبة للمرشحين فإنه يجب مساواتهم في المعاملة القانونية دون أي تمييز يستند للصفة الحزبية.

وحتى يمكن تفهم الأمر بصورة أكبر فإن القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٦ والذي جمع بين الانتخاب الفردي والانتخاب بالقائمة ، قصر عدد المقاعد النيابية المخصصة للمرشح الفردي على مقعد واحد في كل دائرة من الدوائر الثمانية والأربعين التي قسمت الدولة إليها بينما كان المقاعد المخصصة للقوائم الحزبية يتراوح ما بين ستة إلى ثلاثة عشر، فأثر صوت الناخب للمرشح الفردي ينحصر في اختيار عضو واحد بينما الآخر يمكن أن يصل أثر صوته إلى انتخاب ثلاثة عشر نائباً في الدائرة الانتخابية الواحدة.

وإذا نظر للأمر من زاوية المرشحين فإن القانون المذكور قد انطوى على تمييز غير دستوري أيضاً بين المرشحين بالقوائم الحزبية والمرشحين المستقلين، إذ حدد المشرع عدد الدوائر بثمانية وأربعين دائرة تتسع في بعض الأحيان لتشمل محافظة كاملة لاختيار مرشحي القوائم الحزبية والمستقلين، رغم صعوبة الأمر على المرشح المستقل والذي لا يستطيع بقدرته الذاتية أن يجوب الدائرة بكاملها ليقدم نفسه وبرنامج الانتخابي لافتقاده للدعم المالى والبشرى.

ونرى أن مسألة الوزن النسبي للصوت الانتخابي تقترب من أن تكون مسألة سياسية، لهذا يجب على المحكمة أن تتجنب مراجعة تقدير المشرع في شأنها كلما أمكن ذلك ، وكلما استطاعت أن تقيم عدم الدستورية على أساس الإخلال بحقوق الترشيح كلما كان ذلك أفضل.

المطلب الثاني

تحليل حكم المحكمة الأول الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٨٧

في القضية رقم ١٢١ لسنة ١٩٨٦ ق« دستورية »

تمهيد :

بدأت الأحداث المؤدية لوصول تلك القضية إلى المحكمة الدستورية العليا نتيجة مقال نشره الأستاذ كمال خالد الحامى⁽⁷³⁾ بجريدة الأحرار بعدها الصادر يوم ١٢/٣/١٩٨٤ تحت عنوان « دراسة دستورية المستقلون وحق الترشيح»، وكان هذا المقال هو نقطة البداية لخوض هذه الملحمة

القضائية دفاعا عن الدستور .

إن حدث أن أدخل المشرع تعديلا على القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الشعب بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ الذي جاء بنظام الانتخاب بالقوائم الحزبية النسبية المشروطة، ليطيح لأول مرة بنظام الانتخاب الفردي الحر المباشر الذي عرفته الحياة البرلمانية والنيابية في مصر .

ونظرا لإحساس الأستاذ/ كمال بظورة هذا الأمر فقد ألى على نفسه أن يتصدى ويقاوم ويصارع صراعا قضائيا مريرا حتى حصل على حكم⁽⁷⁴⁾ بعدم الدستورية على نحو ماسئري .

والحقيقة أن الصراع السالف كان له حلقة ثانية تمثلت في مقاومة السيد المذكور للتعديل المتعجل الذي صدر بالجمع بين نظام الانتخاب بالقائمة والانتخاب الفردي وهو الأمر الذي انتهى إلى الحكم التاريخي الصادر بجلسة ١٩/٥/١٩٩٠ . وهكذا فإن رجالا صنعوا التاريخ ليست مقولة مبالغا فيها .

الفرع الأول

منطوق الحكم وأسبابه

كانت المحكمة قد انتهت إلى عدم دستورية المواد الخامسة مكررا والسادسة فقرة (١) والسابعة عشرة فقرة (١) من القانون ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣، تأسيسا على أن حق الترشيح من الحقوق العامة التي كفلها الدستور للمواطنين في المادة (٦٢) ومن ثم فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق على ماسلف ينطوي على إهدار لأصله وإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون ويشكل بالتالي مخالفة للمواد ٨، ٤٠، ٦٢ من الدستور، وأن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الترشيح ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أويقال منه على نحو ماسلكته النصوص المطعون فيها إذ حرمت غير المنتمين إلى الأحزاب من حق الترشيح .

ونظرا لأن نصوص الدستور مترابطة ومتكاملة، فقد رفضت المحكمة وجهة نظر الحكومة من أن مباشرة الحقوق السياسية ومن بينها حق الترشيح أصبح غير جائز إلا من خلال الانتماء إلى الأحزاب السياسية بعد تعديل المادة الخامسة من الدستور ونصها على أن النظام السياسي يقوم على أساس تعدد الأحزاب، ذلك أن الدستور إنما استهدف من النص على تعدد الأحزاب العدول عن صيغة التنظيم السياسي الوحيد المتمثلة في الاتحاد الاشتراكي العربي الذي يضطلع بمسؤوليات العمل الوطني في المجالات المختلفة دون أن يجاوز ذلك إلى المساس بالحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور ومن بينها حق المواطن في الترشيح والمنصوص عليها في المادة (٦٢) منه .

الفرع الثاني

تعليقتنا على الحكم

يحتاج الحكم السالف - رغم إيماننا العميق بصحته - إلى شرح أكبر لتفهم الركائز التي يقوم عليها وذلك بالنسبة للمواد ٦٢، ٨، ٤٠ من الدستور ، كما يحتاج الأمر إلى استخلاص المعيار الذي قام عليه مع الإشارة إلى المادة (٤٧) من الدستور وذلك على التفصيل الآتي :

١ - المادة (٦٢) من الدستور :

لما صدر دستور ١٩٧١ كانت قضية الحرية تشغل الناس جميعا وتأخذ عليهم أفكار حياتهم لكثرة ما انتهكت هذه الحرية وانتهكت حرمانها⁽⁷⁵⁾ فحرص المشرع الدستوري على عدم الاكتفاء فى شأن الحقوق والحريات بالنص عليها إجمالاً والإحالة إلى المشرع العادى لتنظيمها ، بل عمد إلى التفصيل بشأنها كما أشار لدى ذكره لبعضها⁽⁷⁶⁾ إلى تقييد المشرع العادى بضوابط معينة يلتزمها عند تنظيمه لتلك الحقوق التى كفلتها النصوص الدستورية ، وذلك لأنه لوحظ سابقاً أن تذييل النصوص الدستورية للحقوق والحريات بعبارات مثل فى حدود القانون أو وفقاً لأحكام القانون أو على الوجه المبين بالقانون تون وضع ضوابط دقيقة ولو فى صورة مبادئ عامة لهذا القانون الذى يحيل إليه الدستور قد يكون من شأنه أن عجز المادة يجب صدها⁽⁷⁷⁾.

وقد جاء نص المادة (٦٢)⁽⁷⁸⁾ من الدستور الحالى كأول نص دستورى يكفل حق المواطنين فى الترشيح بصورة صريحة ومباشرة.

ولعل رأياً يذهب إلى أن حرمان المستقلين من الترشيح لا يتعارض مع المادة (٦٢) من الدستور لأن المشرع يملك تنظيم الحقوق الواردة بصلب تلك المادة ومن بينها حق الترشيح وذلك على النحو الذى يراه محققاً للصالح العام، فإذا قصره على أعضاء الأحزاب السياسية وحدهم فهذا لا يعدو أن يكون تنظيمًا للعملية الانتخابية ترشيحاً وانتخاباً دون أن ينال ذلك من أصل الحق.

والحقيقة أن الحريات وحقوق الإنسان هى من الأمور التى لا يستقل أى مشروع بخلقها ولو كان المشرع الدستوري بل إنه فيما يضعه من قواعد فى شأنها لا يعدو أن يكون كاشفاً عن حقوق أصيلة - ولا يجوز أن يكون التنظيم ذريعة لإهدار الحرية أو إنقاصها.

ولا يعنى ذلك أن كل تدخل تشريعى فى الحريات يعتبر دوماً عدواناً عليها إذ قد يكون ذلك من الضرورات اللازمة لممارستها.

وهكذا يجب أن يلتزم المشرع بالخط الفاصل بين التقييد المباح للحرية واستعمال الحق لمواجهة اعتبارات معينة والتقييد المحظور.

وهذا الخط الفاصل بالغ التعقيد ومن أهم مشكلات القانون الدستوري .

وأياً كانت وجهة النظر فيما يتعلق بسلطة المشرع فى تنظيم الحقوق فإن تنظيم ممارسة الحق أو الحرية لا يمكن بحال من الأحوال أن يصل إلى حد إلغاء الحرية ذاتها أو إعدام ذلك الحق تماماً، إذ يصم النص التشريعى الذى يصل إلى هذا الحد بالعوار الدستوري الواضح لمخالفته أحكام الدستور (وهذا ما اعتنقته المحكمة بحق فى حكمها محل التحليل)، ولا يغير مما تقدم - وأمنت به المحكمة - ما قد يراه البعض من أن قصر الترشيح لعضوية مجلس الشعب على المنتمين للأحزاب السياسية لا يعد منعاً للمستقلين من الترشيح ذلك أنه يمكنهم إن رغبوا فى الترشيح الانضمام إلى أى حزب من الأحزاب القائمة أو أى حزب ينشأ مستقبلاً أو أن ينشئوا حزباً خاصاً بهم وفقاً للقانون⁽⁷⁹⁾، ذلك أن من دواعى الاستمئتان بحرية الرأى المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحقى الانتخاب والترشيح احترام رغبة الفرد فى الاحتفاظ بذاتيته الخاصة وسماته الفكرية التى تميزه عن غيره، وعدم قهره وقسره للتلقى عنها والانضمام لأى حزب حتى يستطيع ممارسة حقه فى الترشيح.

ولايئال مما تقدم الادعاء بأن هناك طوائف تحرم من حق التشريع مالم تقدم استقالتها من وظيفتها كأعضاء الهيئات القضائية ورجال القوات المسلحة والشرطة والمخابرات العامة... الخ ، إذ الحرمان حينئذ حرمان مؤقت يقوم على أسانيد قوية تبرره وتتفق والأصل الدستوري المقرر بالمادة ٨٩ من الدستور من ضرورة تفرغ عضو مجلس الشعب لعضوية المجلس، أما حرمان المستقلين فهو حرمان دائم ومؤبد.

وبالطبع فإنه لايجوز قياس الحظر السالف على شروط الصلاحية للتشريع التي يحددها المشرع العادي بتفويض من المشرع الدستوري كشرط السن وإجادة القراءة والكتابة والقيّد بجداول الانتخاب... إلخ لأن تلك الشروط لا تقوض الحق إطلاقاً.

وإذا كان حق التشريع واجباً وطنياً وفق عجز المادة (٦٢) من الدستور، فإن الحظر يجعل الانتماء للأحزاب السياسية واجباً وطنياً هو الآخر وهو مالا يعد مقبولاً وفق أي منطق دستوري.

٢ - أشار الحكم إشارة مقتضية إلى إخلال النصوص الطعن بها بمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليهما بالمادتين ٤٠، ٨ من الدستور، ونرى أن الأمر كان يحتاج إلى شرح أكبر، ذلك أن مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص وفقاً للراجع فقها والمستقر عليه قضاء لا تميز بينهما وهما وجهان لعملة واحدة كما أن أسباب التمييز⁽⁸⁰⁾ غير واردة على سبيل الحصر وإنما على سبيل التمثيل.

ومما يجدر الإشارة إليه أن اللجنة التحضيرية للدستور الحالي حال نظرها في المادة (٤٠) رأت أن كافة الأمور المفروضة على الإنسان والتي لا خيار له فيها يمتنع التمييز على أساسها حتى ولو لم تكن هذه الأمور من بين العناصر الخمسة التي تضمنتها المادة (٤٠) من الدستور، أما الأمور التي يكتسبها الفرد حال حياته كال تعليم فإنه يجوز التمييز على أساسها⁽⁸¹⁾.

ولما كانت المساواة التي اعتنقها المشرع الدستوري هي مساواة قانونية وليست حسابية، فمن ثم يملك المشرع وضع الضوابط اللازمة لتنظيمها دون تجاوز.

والتفرقة التي أقامها المشرع بين المرشح الحزبي والمستقل لا تستند لأساس موضوعي رغم التسليم ابتداء بحق المشرع في اختيار الطريقة المناسبة للانتخاب، دون الإخلال بالطبع بحقوق المرشح المستقل.

والمستقلون حقاً وصدقاً قبل الثورة ويعددها لهم دور في الانتخابات البرلمانية في مصر غير منكور، بل إنهم فازوا في ظل تعدد المنابر بنسبة ٤٠٪ تقريباً من مجموع أصوات الناخبين على مستوى الجمهورية بل إن المستقلين قد زاد دورهم على المستوى العالمي.

والخلاصة - وحسبما انتهى⁽⁸²⁾ إليها تقرير هيئة المفوضين في القضية محل التعليق - فإنه لايجز للمشرع أن يتخذ من الانضمام إلى الأحزاب السياسية أو الاستقلال عنها معياراً لمنح حقوق قرررها الدستور أو لمنعها، فإن لجا لذلك فإنه يكون قد أخل بمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص لأنه يكون قد أقام تفرقة واستثناء لا يستند إلى اعتبارات موضوعية تبرره.

٣ - استعملت المحكمة في هذا الحكم (والحكمين التاليين له الصادرين بجلسة ١٩٨٩/٤/١٥) لغة مؤداها أن التنظيم التشريعي للوائح الانتخابية بما يتضمنه من تنظيم لحق التشريع والانتخاب يكون مخالفاً للدستور « إذا كان الأثر المترتب عليه هو الإمدار أو الانتقاص الجسيم من حق طائفة

من المواطنين في الترشيح أو الانتخاب على قدم المساواة وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع غيرهم من المواطنين المتماثلين معهم في المركز القانوني ، وهذا يعني أن المحكمة أخذت بمعيار الأثر التمييزي لقانون تقسيم النواثر الانتخابية وهذا المعيار يقترب لحد كبير من المعيار الذي أخذت به المحكمة العليا الأمريكية للحكم على دستورية أنظمة تقسيم النواثر الانتخابية والتي تشتمل على إلغاء أو إضعاف لحق المواطن في التصويت (83).

٤ - نرى أن الحكم لم يحالفه التوفيق حينما لم يشر إلى تعارض النصوص المقضى بعدم دستوريته مع المادة (84) من الدستور ذلك أن تلك المادة تكفل حرية الرأي ، ولايجوز أن تفرض النصوص المقضى بعدم دستوريته على المواطنين المتمتعين بحقوقهم السياسية والراغبين في الاحتفاظ بحرية رأيهم وتفردهم الفكري والسياسي أن يكونوا أعضاء في أحزاب وإلا حرموا من ممارسة حقهم في الترشيح لعضوية مجلس الشعب. ولاجدال أن تلك النصوص بحظرها الترشيح للمستقلين ومن ثم استحالة فوزهم في انتخابات مجلس الشعب قد أغلقت أمام هذه الطائفة من المواطنين بابا هاما من أبواب التعبير عن الرأي بل هو الباب الأبعد الذي لامساغة فيه ولامؤاخذه عما قد يبدي فيه من أفكار أو آراء (85).

المطلب الثالث

تحليل حكم المحكمة الرابع والتاريخي (86) الصادر بجلسته ١٩٩٠/٥/١٩

في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩٩ ق ، دستورية ،

تمهيد :

في ١٩٩٠/٥/١٩ أصدرت المحكمة الدستورية حكما أحدث زلزالا مهولا في الحياة السياسية لما أحدثه من رنود فعل شديدة، وسيظل هذا الحكم يوما من العلامات المضيئة في التاريخ الدستوري كله، ولا يقل هذا الحكم شأنًا عن حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية ماربري أو في قضية ووترجيت.

وقد وصلت القضية للمحكمة نظرا لأن الأستاذ كمال خالد المحامي كان قد تقدم للانتخابات المحدد لها يوم ١٩٨٧/٤/٦ وفقا لأحكام قانون مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، الذي جعل النظام الانتخابي قائما على أساس المزاوجة بين الانتخابات بالقوائم الحزبية مع إتاحة الفرصة لمقعد فردي واحد في كل دائرة، وأعطى تعديل القانون المستقلين حق الترشيح على المقعد الفردي شأنهم في ذلك شأن الحزبيين، في حين قصر الشارع القوائم على الأحزاب المعترف بها.

ورأى السيد المذكور والذي رشح نفسه للمقعد الفردي مستقلا أن الأسس التي قام عليها النظام الانتخابي بالجمع بين الانتخاب بالقائمة والانتخاب الفردي غير دستورية ، فرفع دعواه أمام محكمة القضاء الإداري طالبا الحكم بوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى انتخاب أعضاء مجلس الشعب وبوقف تنفيذ القرار السلبي بالامتناع عن تعديل عدد ومساحات وتقسيم النواثر الانتخابية بما يتفق مع نظام الانتخاب الفردي ، والحكم في الموضوع بإلغاء هذين القرارين، وأثناء نظر تلك الدعوى طعن رافعها بعدم دستورية القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، وإذ تراعى لمحكمة

القضاء الإدارى عدم الدستورية فقد قررت جلسة ٣١ مارس سنة ١٩٨٧ وقف الفصل فى طلب الإلغاء وأمرت بإحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية المادتين الثالثة فقرة أولى والخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦.

وأثناء نظر الدعوى أمام محكمة القضاء الإدارى ثم أثناء تحضيرها ونظرها أمام المحكمة الدستورية العليا كانت انتخابات مجلس الشعب قد تمت بالفعل، وكان المجلس قد أكمل مايقرب من أربع سنوات (87) وأصدر العديد من القوانين - ربما بلغت ٧٠٠ - عند تاريخ صدور الحكم بجلسته ١٩٩٠/٥/١٩.

الفرع الأول منطوق الحكم وأسبابه

انتهت المحكمة فى المنطوق إلى الحكم بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضواً واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية.

وقد تأسس هذا الحكم على مايلى :-

١ - إن الدستور نص فى المادة ٦٢ التى وردت فى الباب الخاص بالحريات والحقوق العامة على أن للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأى فى الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون، ومساهمة فى الحياة العامة واجب وطنى، مما مفاده أن الحقوق السياسية المنصوص عليها فى هذه المادة ومن بينها حق الترشيح الذى عنى الدستور بالنص عليه صراحة مع حق الانتخاب وإبداء الرأى فى الاستفتاء اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التى حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان إسهامهم فى اختيار قياداتهم وممثليهم فى إدارة دفة الحكم ورعاية مصلحة الجماعة، وعلى أساس أن حق الانتخاب والترشيح خاصة هما حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بدون أيهما ولاتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة إذا هما أفرغا من المضمون الذى يكفل ممارستها ممارسة جدية وفعالة، ومن ثم كان هذان الحقان لازمين لزوماً حتمياً لإعمال الديمقراطية فى محتواها المقرر دستورياً.

٢ - إن الدستور إذ كفل - فى المادة ٦٢ منه - للمواطن حق الترشيح غير مقيد بالانتماء الحزبى، وقرر فى المادة ٤٠ منه المساواة بين المواطنين فى الحقوق العامة ومنها حق الترشيح، وهو من الحقوق السياسية التى تأتى فى الصادرة من الحقوق العامة لتعلقها بالإرادة الشعبية المعبرة عن سيادة الشعب، وحظر التمييز بينهم فيها بسبب اختلاف الآراء السياسية، وأوجب على الدولة فى المادة الثانية أن تكفل تكافؤ الفرص لجميع المواطنين، فإن مؤدى هذه النصوص مترابطة ومتكاملة، أن المواطنين المستوفين لشروط الترشيح لعضوية مجلس الشعب يعتبرون بالنسبة إلى حق الترشيح فى مراكز قانونية متماثلة، مما يتعين أن تكون ممارستها لهذا الحق على قدم المساواة وعلى أساس من الفرص المتكافئة فى الفوز بالعضوية بصرف النظر عن انتماءاتهم الحزبية وعدمها على أن يكون

المرجع في الفوز بالعضوية للمرشح مستقلا كان أو حزبيا، طبقا لنظام الانتخاب بالقوائم الحزبية أو لنظام الانتخاب الفردي - إلى إرادة هيئة الناخبين صاحبة السيادة الشعبية التي هي مصدر السلطات جميعا.

وحيث إنه وإن كان للمشرع سلطة تقديرية في اختيار النظام الانتخابي إلا أن سلطته في هذا الشأن تجد حدها في عدم الخروج على القيود والضوابط والمبادئ التي نص عليها الدستور وعدم المساس بالحريات والحقوق العامة التي كفلتها نصوصه.

٢ - بعد أن استعرض الحكم مفهومه السليم للمادة (٦٢) من الدستور على النحو المتقدم في (١)، ناقش نص المادة المطعون عليها بعدم الدستورية مقررًا أنه : - لما كان ذلك ، وكانت المادة الخامسة مكررا من القانون ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ بما نصت عليه من أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية تعتبر قاطعة في الدلالة على ما [قصد] إليه المشرع من تحديده مقعدا واحدا - لنظام الانتخاب الفردي في كل دائرة انتخابية - يجرى التنافس عليه بين المرشحين أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين غير المنتمين لهذه الأحزاب، وتخصيصه عدة مقاعد في الدائرة خالصة لمرشحي القوائم الحزبية، ومن ثم فإن هذه المادة تكون بذاتها قد تضمنت في صريح نصها إخلالا بحق المواطنين غير المنتمين لأحزاب سياسية في الترشيح على قدم المساواة وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع باقي المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية إخلالا أدى إلى التمييز بين الفئتين من المرشحين في المعاملة القانونية وفي الفرص المتاحة للفوز بالعضوية تمييزا قائما على أساس اختلاف الآراء السياسية مما يشكل مخالفة للمواد ٨، ٤٠، ٦٢ من الدستور يستوجب القضاء بعدم دستورتها فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية.

٤ - رغم أن بعض الفقهاء رأى أن الحكم كان يستطيع أن يقف بأسبابه عند هذه الفقرة التي تحمل منطوقه ، إلا أن المحكمة الدستورية فضلت وهي ترسي المبادئ الدستورية السليمة أن تنبه المشرع إلى خطورة التشريع غير الدستوري فبينت طبيعة الحكم الصادر في الدعوى الدستورية بحسبانه كاشفا وليس منشئا⁽⁸⁸⁾.

٥ - وترتب المحكمة على تكيف طبيعة الحكم الدستوري نتيجته اللازمة مقررًا أنه « لما كان ذلك وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نص تشريعي ثبت عدم دستوريته بالحكم الذي انتهت إليه المحكمة في الدعوى الماثلة فإن مؤدى ذلك ولازمه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلا منذ انتخابه ، وخشية من وقوع الانهيار الدستوري فقد استدركت المحكمة وأكدت أن هذا البطلان لا يؤدي إلى ما ذهب إليه المدعى من وقوع انهيار دستوري ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة، وذلك ما لم ينقرّر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريا أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بنى عليه هذا الحكم.

الفرع الثاني

موقف الفقه المعارض للحكم

لعل حكما لم يلق من البحث والتحليل الفقهيين مثلما لقي الحكم المذكور وسوف نستعرض آراء الفقهاء المعارضين للحكم على النحو التالي :

أ - رأى الدكتور / أحمد كمال أبو المجد :

يمكن استخلاص موقف سيادته مما ذكره بنبوة عقدت لاحقة على الحكم بنادى القضاة⁽⁸⁹⁾ ومن مذكرتيه الأصلية والتكميلية التي قدمها لرئيس هيئة قضايا الدولة حول الدعوى محل الحكم المذكور ورأيه فيها ، وتقوم آراء سيادته على الركائز الآتية :

١ - إن القاضى يقوم بنوع من التشريع، والقاضى بشر ونصوص القانون والدستور حمالة أوجه، ويقدر ما يكون فيها من إجمال وإيجاز بقدر ما يتسع التفويض الممنوح للقاضى، وتظهر الدقة والصعوبة أكثر ما تظهر فى موضوع الرقابة على دستورية القوانين، إذ إن هذه الرقابة تحمل فى طياتها بالضرورة قدرا من التوتر فى العلاقة بين السلطات.

٢ - إن المحكمة الدستورية العليا فى قضائها الأخير كانت مندفعة متحمسة بما يجاوز الحكمة ومانقضييه حسن السياسة، وتحتاج إلى من يقول لها ولكل قاض تهمل وتأن وتبصر وأدخل كل ما عندك من إيمان بمبادئ معينة فى الثوب القضائى الملزم بقيم القضاء وتقاليده.

٣ - إن المشرع الدستورى حين فوض المشرع العادى فى اختيار النظام الانتخابى الذى يستحسنه ويراه أصلى لمواجهة الظروف والاعتبارات السياسية والاجتماعية القائمة ، فإن ذلك الأخير يكون - وحده - صاحب الحق فى المفاضلة، ومهما بدا من مجانبة المشرع العادى للتوفيق فى اختيار النظام الانتخابى فإن هذه المجانبة لاتنهض سببا ولاسندا لتدخل القضاء بمراجعة المشرع فى اختياره، إذ ينبغى أن تظل الحدود واضحة تماما بين الاختيار التشريعى وهو من إطلاقات مجلس الشعب وبين الرقابة على دستورية التشريعات وهو اختصاص تملكه المحكمة الدستورية العليا وحدها بمقتضى المادة ١٧٥ من الدستور⁽⁹⁰⁾.

ومن هذه الناحية لايرى د/ أبو المجد حرجا من أن يقرر بأن إقحام نظام الانتخاب الفردى على نظام الانتخاب بالقائمة على النحو المتسرع الذى جرى، ودون إيجاد دوائر مختلفة يجرى الانتخاب على أساسها بالنسبة لكل من النظامين، مسلك غير موفق واختيار تشريعى غير سليم وأن العبول عنه إصلاح سياسى حكيم ومرغوب فيه، لكن لا دور للقضاء فى ذلك.

٤ - إن مبدأ المساواة من المبادئ الدستورية العامة المقررة فى أكثر النظم الدستورية والمسلم بوجوده حتى مع خلو نصوص بعض الدساتير من الإشارة الصريحة إليه، وقد نص الدستور المصرى على مبدأ المساواة فى عدد من نصوصه لعل أهمها نص المادة (٤٠) المتمم لنص المادة (٨).

والمساواة فى جوهرها - وحسيما يراها د/ أبو المجد - هى التسوية فى المعاملة بين المتماثلين والمخالفة فى المعاملة بين المختلفين، والخطاب الوارد فى المادة (٤٠) خطاب عام يوجهه الدستور إلى سلطات الدولة المختلفة بحيث يلتزم به المشرع فيما يضعه من قوانين، كما تلتزم به السلطة التنفيذية

فيما تصدره من اللوائح والقواعد التنظيمية وفيما تصدره من قرارات فردية، كما تلتزم به السلطة القضائية في إدارتها لمرق العدل ، وقضائها بين الناس.

وتتفرع عن نسبية المساواة نتيجتان :

الأولى : إن المساواة الحسابية بين أصحاب المراكز القانونية المتعائلة ليست ممكنة في كثير من الأحوال ، وأن الخلل اليسير في تطبيق مبدأ المساواة أمر ينبغى التجاوز عنه.

الثاني : إن اختلاف المعاملة بين أصحاب المراكز المتعائلة المشابهة ليس بالضرورة تمييزا ممنوعا بمقتضى المبادئ الدستورية المتعلقة بالمساواة، إذ الواضح من نص المادة (٤٠) أن التمييز المحظور - أساسا - هو التمييز بين المواطنين في المعاملة القانونية بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة.

وفي ضوء هذه الحقائق الأساسية انتهى أكثر الشراح الدستوريين إلى ضرورة الانتباه إلى الفارق بين التمييز **discrimination** الذي تحرمه النصوص الدستورية وبين التقسيم أو التصنيف **classification** والذي تنطوى عليه جميع التشريعات التي تخص جماعة أو فئة أو طائفة بحكم قانونى خاص أو معاملة خاصة .

ويضع الدكتور/ أبو المجد معيارا مزوجا للفرقة بين التمييز المحظور من ناحية والتقسيم الجائز من ناحية أخرى :

١ - شق الأول أن التقسيم الجائز ينبغى أن يرتب المعاملة أو الحكم القانونى الخاص على وجود صفة أو واقعة خاصة ومتميزة تربطها بالنتيجة التي يربتها القانون رابطة منطقية يمكن تحديدها، فإذا قرر قانون العاملين المدنيين مزايا خاصة للعاملين في بعض المناطق النائية، أو للعاملين في بعض المرافق التي تهدد الصحة بخطر معلوم، فإن أفراد أولئك العاملين بمعاملة خاصة من حيث المزايا كزيادة المرتب أو تقرير بدل خاص أو احتساب أقدمية خاصة في الوظيفة والاستحقاق للترقية إلى الدرجة الأعلى ، كل ذلك يعتبر تصنيفا جائزا مادام يقوم على سبب منطقي مرتبط بالنتيجة التي رتبها التشريع أو القرار.

٢ - أما الشق الثاني فهو وجود قرينة بعدم دستورية التمييز المستند الى الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة بحيث يتعين إثبات العلاقة المنطقية بين أساس التمييز في هذه الحالات وبين النتيجة التي رتب عليها.

وبذلك تكون قرينة الدستورية التي تقوم كأصل عام لصالح التشريع غير قائمة في حالة التمييز المستند إلى أحد العناصر الخمسة السالفة.

والفرقة في المعاملة التي تخالف مبدأ المساواة يمكن أن تكون بين أفراد داخل طائفة أو بين طوائف بأكملها وغيرها من الطوائف دون تمييز بين أفراد الطائفة الواحدة، طالما أن تخصيص الطائفة بمعاملة خاصة لا يستند إلى اعتبار موضوعي معقول (91).

ويخلص الدكتور كمال أبو المجد بعد هذا الاستعراض المطول وتطبيق المبادئ المذكورة على واقعات الدعوى إلى النتائج الآتية :

أولا - إن التفسير الصحيح لمبدأ المساواة يقتضى إجراء حكمة بالمقابلة بين المراكز القانونية المتماثلة ، والتثبت من عناصر التماثل قبل تقرير أمر يتعلق بالخروج على مبدأ المساواة .

ثانيا - إن المقابلة فى خصوص الدعوى المائلة لايجوز أن تجرى بين المرشحين المستقلين فى الدوائر الفردية والمرشحين على القوائم الحزبية، فهذا نظام وذلك نظام، والتفاوت بين المركز الواقعى لكل منهما أمر استلزمته طبيعة النظامين، وهو قائم وحاصل فى كل الأحوال، ولا يطالب المشرع إلا بما هو مستطاع كما لايجوز إلزامه بما لا يلزم. واختيار المرشح الترشيح مستقلا هو الذى حدد - فى الواقع - مركزه القانونى والمساواة الواجبة حينئذ إعمالا لنصوص الدستور ، إنما ينبغي البحث عنها فى إطار المقابلة بين المرشح الفردى المستقل والمرشح الفردى الذى ينتمى إلى حزب من الأحزاب .

والتقارب بين المركز الواقعى للمتقدمين لترشيح أنفسهم وفقا للنظامين وإن كان ثمره النظام القانونى الحاكم للنظامين فهو نوع من التقسيم classification الذى يتسع له مبدأ المساواة ولا يضيق عنه.

وحين ينتقل المجتمع بقرار سياسى يجد مكانه فى نصوص الدستور من نظام الحزب الواحد إلى نظام الأحزاب المتعددة فلا غرابة فى اختياره نظام الانتخاب بالقائمة، ولا يملك الفرد فى مواجهة ذلك كله أن يقول أنه لايفضل ذلك النظام ويصر على خوض الانتخابات فردا، و على النظام القانونى والسياسى ليس فقط افساح المجال له ليمارس مايفضله وإنما كفالة فرص متساوية مع المرشحين الآخرين الذين تقدموا للترشيح بالقائمة، والذى هو نظام أقره القانون.

ب - رأى الفقه المتأدى بالانتهيار الدستورى :

ويمثله كل من الدكتور محمود عاطف البنا ، والدكتور عبد المنعم محفوظ .

١ - رأى د/ محمود عاطف البنا^(٩٢):

يرى سيادته أن القاعدة المقررة بالنسبة للأحكام أنها كاشفة وليست منشئة، وعلى ذلك فحكم المحكمة الدستورية العليا يكشف حقيقة هذا البطلان ولا ينشئه ، ومن ثم فهو يقرر شيئا قائما فعلا بحكم الدستور، ولما كانت الحجية تثبت لمنطوق الحكم وأسبابه المرتبطة به ارتباطا جوهريا، فمن ثم فإن القضاء ببطلان تشكيل مجلس الشعب يكون أكثر ارتباطا بمنطوق الحكم من مسألة صحة أو عدم صحة ما أصدره المجلس من قوانين وقرارات وإجراءات .

ويعيب سيادته على ما انتهى إليه الحكم بأسبابه السابقة مباشرة على المنطوق بأن بطلان المجلس المذكور منذ انتخابه لا يؤدى إلى وقوع انهيار دستورى ولا يستتبع إسقاط ما قرره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر الحكم بالجريدة الرسمية.

ويرى سيادته أن هذا الحل لا يتسق مع المنطق القانونى المجرد إذ الأصل أن عدم الدستورية يستتبع البطلان وما ينبثق على الباطل فهو باطل.

ويعيب سيادته على المحكمة أنها لم تبين الأساس أو الأسس القانونية التى أملت عليها هذا الحل ، وهو أمر مطلوب إذ المحكمة مهما كانت طبيعة وظيفتها المتميزة فى حماية الشرعية الدستورية فإنها إنما تبشر مهمة قضائية فنية ذات طابع قانونى.

وإذا كان حقا أن الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة لا تترد إلى استخلاص قواعد قانونية مجردة تفرغها في أحكامها ، وإنما هي رقابة تمارسها محكمة أمينة على مسئوليتها، متفهمة لراميها، مستجيبة لمتطلباتها ، فإنه يبقى دائما أن المحكمة تباشر مهمة قضائية فنية ذات طابع قانوني ومقيدة بضوابطه، ولذلك كان من المأمول أن تبين المحكمة الاعتبارات الفنية التي أقامت عليها قضاها في هذه المسألة.

٢ - رأى د/ عبد المنعم محفوظ :

يعد سيادته من أكبر الآراء الفقهية - في تقديرنا - اهتماما بالحكم وتحليلا له⁽⁹³⁾، ويرى سيادته أن المحكمة قد اجتهدت اجتهدا جديدا ربما لم تطبقه من قبل في العديد من الأحكام الشهيرة التي أصدرتها منذ إنشائها، والغريب في الأمر أنها لم توضح الأسس الفلسفية أو حتى الحيل القانونية *fictiones juridiques* التي ارتكبت إليها في أسباب حكمها، ويمثل هذا الاجتهاد الجديد في أن المحكمة أرادت - بقصد أو بدون قصد - في الأسباب دون المنطوق تحقيق أمرين متناقضين.

الأول - الكشف عن بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه.

الثاني - التأكيد على عدم انسحاب البطلان أو شموله للقوانين والقرارات والإجراءات الصادرة من المجلس .

وبالنسبة للأمر الأول يرى سيادته أن المحكمة الدستورية العليا لم تأت بجديد فيما يتعلق بشق البطلان الوارد في أسباب الحكم، ذلك أن بطلان تشكيل مجلس الشعب كان قد تقرر بأحكام محكمة القضاء الإداري (دائرة منازعات الأفراد والهيئات) بجلسة ٢١ من إبريل سنة ١٩٨٧ في الدعاوى أرقام ٣٢٨٥ و ٣٤٥٢ و ٣٤٨٣ لسنة ٤١ ق والمؤيدة من المحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر في الطعون أرقام ١٩٠٠ و ١٩٢٠ و ١٩٢٢ لسنة ٢٣ (ق ع) ، إذ إن أحكام المحكمة الأخيرة بآتة ونهائية وحائزة لقوة الأمر المقضي ، بحسبانها صادرة من قمة سلم القضاء الإداري في مصر، وهي سابقة ييوم على أول جلسات المجلس المنعقدة في ١٩٨٧/٤/٢٢ لصورتها في ١٩٨٧/٤/٢١.

وإذا كانت أحكام المحكمة الإدارية العليا هي أحكام نهائية وآتة تنفذ في مواجهة أطراف الدعوى (وزير الداخلية ورئيس مجلس الشعب بصفتهم والطاعنين) ، فهي نافذة كذلك من باب أولى في مواجهة كافة الهيئات القضائية الأخرى ومن بينها المحكمة الدستورية العليا.

وهكذا يرى سيادته أنه ماكان يسوغ - في صحيح علم القانون - أن تتعرض المحكمة الدستورية العليا ، حتى ولو كان التعرض في أسباب الحكم، لمسألة بطلان تشكيل مجلس الشعب أو حتى مجرد إثارتها مرة أخرى طالما صدر بشأنها حكم نهائي بات وحاز قوة الأمر المقضي، إذ يلزم أن يمتثل المجتمع - قضاة ومتقاضين ومحامين وسلطات عامة - لأحكام القضاء النهائية البآتة .

وبالنسبة للأمر الثاني يرى سيادته أن المحكمة قامت فيه بدور سياسي ظاهر ومكشوف، إذ يبين من الفقرة الأخيرة من الأسباب أن المحكمة قد كملت بمكيالين متمايزين ، كبل أبطلت فيه تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه رغم صدور أحكام قضائية بآتة وحائزة لقوة الأمر المقضي، وآخر أصيغت به التشريعية على القوانين والقرارات والإجراءات الصادرة من مجلس الشعب (الباطل) منذ انتخابه وحتى تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية⁽⁹⁴⁾.

وهكذا يخلص د/ عبد المنعم محفوظ إلى أنه لا يكون قد ركب الشطط لو تخيل المحكمة الدستورية تريد أن تعيد عجلة التاريخ ومعها عقارب الساعة إلى الوراء وتنتهج ذات النهج الذى كانت عليه المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية، عندما سيطرت على مجريات الأمور والأحداث فى فترة من فترات التاريخ السياسى والدستورى لهذه البلاد (ثلاثينات القرن العشرين) الأمر الذى أدى إلى وصفها بحكومة القضاة.

ج - رأى الفقه المتنادى بالحجية للمنطوق دون الأسباب :

ويمثله المستشار الدكتور فتحى عبد الصبور⁽⁹⁵⁾ الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا حيث تقوم ركائز أفكاره على ما يلى :

(١) إن الحكم بعدم دستورية النص التشريعى يبطله ويسقط عنه قوته التشريعية .

(٢) إن أثر الحكم يرتد إلى تاريخ صدور النص المقضى بعدم دستوريته على أن يستثنى من إعمال هذا الأثر المراكز والأوضاع القانونية التى تكون قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة التقادم.

(٣) لا يمكن القول - فى ضوء ذلك - إن الحكم بعدم الدستورية إذا تعلق بنص فى قانون الانتخاب يودى حتما وبطريق اللزوم إلى حل مجلس الشعب أو أن هذا الحل نتيجة للحكم، كما أنه لا يمكن القول كذلك وبذات الحسم بأنه يتعين حل مجلس تشريعى إذا حكم بعدم دستورية قانون جاء فى ظله متى كان هذا المجلس قد استقرت أوضاعه القانونية والدستورية .

(٤) إن حل المجلس - لو تحقق - فإنه لا يأتى إلا عن طريق قرار سياسى يصدر من رئيس الجمهورية ولا علاقة له بالمحكمة الدستورية.

الفرع الثالث

رأينا فى الموضوع

استعرضنا فيما سلف آراء جماعة من رجالات الفقه، وقد تعمدنا أن نعرض لرأى الأستاذ الدكتور / أحمد كمال أبو المجد بداية لأنه يمثل رأيا فقهيا معارضا للأسس التى قام عليها منطوق الحكم من الناحية الموضوعية أى يمثل رأيا فقهيا يرفض القضاء أصلا بعدم الدستورية، وقد تكفل الحكم بالرد على آراء الدكتور / أبو المجد بما لائرى معه الإعادة معنا للتكرار.

وقد تعرضنا بعد ذلك لموقف الأستاذ الدكتور/ عاطف البنا بوصفه يدعو للانتهار الدستورى من زاوية أن الأثر الرجعى يقتضى بطلان تشكيل المجلس وبطلان ما أقره بحسبان أن مابنى على الباطل فهو باطل، وهنا يمكن الرد على ذلك بأن قانون الانتخاب ذو طبيعة خاصة تميزه عن بقية القوانين بحسبان أنه قانون يودى إلى تكوين الجهاز التشريعى الذى يضع باقى القوانين، ولا يعقل أن بطلان فقرة فى قانون الانتخاب تكون على أساسها المجلس التشريعى يودى إلى بطلان كافة أعمال المجلس.

وبعبارة أخرى لقد واجهت المحكمة وضعا جديدا يتعلق فيه الأمر بقانون مهيم على غيره من القوانين على نحو تثار مع دستوريته وبالتبعية أبعاد غير مسبوقه ولا محدوده، الأمر الذى تطلب من

المحكمة جهداً إضافياً لوضع الأمور في نصابها الصحيح، لأنه وإن كان عدم الدستورية يستتبع البطلان إلا أن اعتبارات الاستقرار واستمراره استدعت القضاء بأن عدم دستورية القانون لايمس القوانين المعمول بها قبل نشر الحكم بل والقرارات والإجراءات الأخرى، أى كافة أعمال المجلس .

وإذا كان الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية يحد منه الحكم الحائز قوة الأمر المقضى والذي يتعلق بحالات فردية فالأمر أدعى بالنسبة للقوانين ذات العمومية والتجريد .

وإذا كان الحكم قد تكفل هو الآخر بالرد على المستشار الدكتور/ فتحى عبد الصبور، فلا يبقى إلا رأى الأستاذ الدكتور/ عبد المنعم محفوظ والذي يمكن الرد عليه بما يلي :

١ - إنه ليس هناك في صحيح علم القانون مايقطع بأن صدور حكم بعدم صحة عضوية حوالى ٧٦ عضواً من أعضاء مجلس الشعب من شأنه أن يؤدى إلى بطلان تشكيل المجلس ككل ولو كان هذا الحكم باتاً وصادراً من المحكمة الإدارية العليا .

وصفوة القول حينئذ أن هذا الحكم ربما يثير شكوكاً فحسب في صحة تكوين المجلس، فإذا جاءت المحكمة الدستورية العليا وقطعت الشك باليقين وهى تمارس سلطاتها الداخلية في إطار اختصاصها برقابة الدستورية فلا يجدر لومها على ذلك.

فتقرير بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ تكوينه هو أثر حتمى ونتيجة مباشرة في ارتباطها بالمنطوق الذى انتهت إليه المحكمة، وما كانت المحكمة - بحكم رسالتها التى حملت أمانتها بصفتها الهيئة القضائية العليا التى أنشأها الدستور حارسة لأحكامه وبصفتها قوامة على صونه وحمايته - لتففل الإشارة فى أسبابها إلى بطلان مجلس الشعب منذ تكوينه، لتتركنا فى حيص بيص من هذا الأمر، وإذا كانت قد وجدت أصوات فى الفقه تدعو لعدم بطلان تشكيل مجلس الشعب رغم الإشارة الصريحة بالأسباب إلى ذلك فما بالك لو كانت المحكمة قد أغفلته ؟.

وإذا كان بطلان المجلس قد حسم بأحكام المحكمة الإدارية المشار إليها، فلماذا ظل هذا المجلس يباشر اختصاصاته حتى صدور حكم المحكمة الدستورية العليا؟.

إن الثابت أن حكم المحكمة الدستورية العليا هو الذى أدى مباشرة إلى حل المجلس رغم قيام رئيس الجمهورية باستفتاء الشعب على حله.

والأمر الذى لانشك فيه إطلاقاً هو أنه لوكانت المحكمة قد استمعت إلى مانادى به الدكتور عبد المنعم محفوظ ، لظل المجلس كما هو دون حل، وكان أقصى ما سيتم هو تعديل الفقرة المقضى بعدم دستوريته بالنسبة للانتخابات اللاحقة .

٢ - ربما كانت عظمة الحكم أنه تعمد - حسبما نظن - عدم ذكر سبب قضائه باستمرار قوانين وقرارات المجلس وأعماله على أصل صحتها وذلك حتى يترك هذا الأمر الشاق لاجتهاد الفقه من كل صوب، وحقاً فإننا نجيب من اتهام المحكمة بأنها تمثل فى هذا الحكم عودة إلى عصر حكومة القضاة إذ العكس هو الصحيح ، فلو كانت المحكمة قد تركت الأمور على عواهنها وحققت الانهيار الدستورى لاستحقت بالفعل هذا الوصف، ولحدثت تداعيات نحمد الله أنها لم تحدث وقد كان أقربها على الإطلاق إلغاء المحكمة بتعديل دستورى.

ويلاحظ أن الأحكام الثلاثة السابقة على الحكم محل التحليل والمتعلقة بدستورية أنظمة تقسيم

الدوائر الانتخابية كانت تستخدم معيار (الأثر التمييزي) لقانون التقسيم، والذي مؤداه الحكم بعدم الدستورية إذا تبين للمحكمة من خلال الفحص الموضوعي لنصوص القانون أنه يؤدي إلى الإهدار الكامل أو الإضعاف الجسيم لحق طائفة من المواطنين في الترشيح أو الانتخاب على قدم المساواة وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع غيرهم من المواطنين، ولذلك قضت المحكمة بعدم دستورية قصر العضوية لمجلس الشعب والشورى والمجالس المحلية على المنتمين للأحزاب السياسية لأن ذلك يؤدي لحرمان المستقلين غير المنتمين لأحزاب سياسية حرمانا مطلقا من حق الترشيح دون مقتضى من طبيعته أو متطلبات مباشرته.

وبالنسبة للحكم محل التحليل أخذت المحكمة بمعيار آخر نادر الاستخدام وهو معيار (القصد التمييزي) لأوضاعى التقسيم، إذ إن مواد قانون التقسيم قاطعة في دلالتها على أن قصد المشرع هو التمييز في المعاملة بين فئات المرشحين تمييزا قائما على أساس الانتماء الحزبي.

ويقترح د/ عادل خليل (96) - ونحن معه - اقتصار المحكمة في تقويمها لدستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية على معيار - الأثر التمييزي - وحده، والذي يبدو أن معظم أحكام المحكمة السابقة استقرت على الأخذ به في القضايا التي تناولت مخالفة مبدأ المساواة (97) وتكافؤ الفرص، لأنه أقل صعوبة في الإثبات ويبعد المحكمة عن شبهة تقصى البواعث، ويستدرك سيادته ويرى أن الأخذ بمعيار القصد التمييزي لا يعني أن المحكمة أخذت بمعيار غير موضوعي يستلزم تحري بواعث المشرع، إذ المحكمة في الواقع يمكنها التوصل إلى توافر القصد التمييزي لدى المشرع من خلال البحث الموضوعي لنظام التقسيم.

ويلاحظ أن المحكمة لم تدرس في أي من أحكامها الأربعة مسألة التفاوت بين الوزن النسبي للأصوات نتيجة التفاوت بين أعداد السكان لبيان ما إذا كان قد تم الإخلال بحق الانتخاب من عدمه، ولا يفسر ذلك سوى ماقرره الأستاذ الدكتور كمال أبو المجد (98) من أن هذه المسألة تقترب كثيرا من أن تكون مسألة سياسية، وليس معنى هذا أن تخرج الدعوى من اختصاص المحكمة على ما هو مقرر في نظرية أعمال السيادة، وإنما معناه أن تتجنب المحكمة في شأنها مراجعة تقدير المشرع وإحلال رأيها محل رأيه (وهذا ماسلكته محكمتنا الموقرة).

وبدأة ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى أن المسألة السالفة من المسائل السياسية ثم عدلت في قضية بيكر ضد كار، ثم عادت بعد ذلك إلى الترخص في قبول درجات من التفاوت كانت ترفضها في حكم بيكر سنة ١٩٦٢.

ويلاحظ بصفة عامة أن محكمتنا الموقرة كانت متحمسة ومقدامة في التصدي لدستورية أنظمة التقسيم ورفضت اعتبارها من المسائل السياسية، ولم تغفل إلا مسألة اختلاف الوزن النسبي للصوت الانتخابي سألقة الذكر دون غيرها من مسائل التقسيم، وربما يرجع السبب، للنص على اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة الدستورية بصلب الدستور خلافا للحال بالنسبة للمحكمة العليا والتي قررت بنفسها لنفسها حق الرقابة رغم غياب النص الصريح بالدستور على ذلك.

ولا يبقى بعد كل ماسلف إلا أن نشير إلى أن أغلبية الفقه كانت تؤمن بضرورة حل مجلس الشعب القائم آنذاك وقد اختلف الرأي حول وسيلة الحل على النحو التالي :

١ - رأى يذهب إلى اعتبار المجلس منحلا بقوة القانون - منذ نشر الحكم بحسبان أن الحكم

كاشف عن مراد الدستور ومفهومه فى القضية المطروحة، ومن ثم فإن الأمر لا يحتاج إلى وسيلة قانونية أخرى بجوار حكم المحكمة.

٢ - ورأى آخر ذهب إلى ضرورة أن يصدر قرار تمهيدى بحل المجلس يشير فى ديباجته إلى المادة ٧٣ من الدستور التى تجعل رئيس الجمهورية حكما بين السلطات، ثم يشير القرار الجمهورى إلى حكم المحكمة الدستورية العليا ثم يقرر اعتبار المجلس منحلًا من يوم صدور الحكم.

٣ - وذهب رأى ثالث إلى أن يجرى الاستفتاء على حل المجلس ثم يجرى بعد ذلك حله (٩٩).

ونرى أن أفضل الطول كان هو الحل الثانى إلا أنه أخذ بالرأى الثالث رغم خطورته فى احتمال عدم موافقة الشعب على الحل، ورفض بعض كبار الفقهاء له (١٠٠). وكان من الواضح وجود اطمئنان إلى أن الناس قد ضاقت من المجلس وأن الاستفتاء سينتهى قطعًا إلى حله، وهو ما حدث بالفعل (١٠١).

وصدر قرار جمهورى بقانون يعيد النظام الانتخابى الفردى بعد هذه المعارك القضائية المشار إليها، وعلى أساس هذا النظام أجرى الانتخابان اللاحقان لمجلس الشعب.

المطلب الرابع

حق الاستفتاء الشعبى

تمهيد :

إذا كانت الديمقراطية المباشرة هى حكم الشعب لنفسه بنفسه، والديمقراطية النيابية يتولى فيها الحكم نواب عن الشعب، فإن الديمقراطية شبه المباشرة هى وسط بين النظامين حيث ينتخب الشعب من يمثله فى مباشرة الحكم مع احتفاظه بحق التدخل أحيانًا بنفسه فى بعض الأمور وذلك بعدة طرق منها، الاقتراح والاعتراض الشعبيين وكذا الاستفتاء الشعبى.

وقد عرف نظامنا السياسى الاستفتاء لأول مرة فى دستور سنة ١٩٥٦ بمناسبة اختيار رئيس الجمهورية حيث كان النظام ملكيًا قبل الثورة.

وقد أخذ الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ بالاستفتاء فى ست حالات:

١ - الاستفتاء على اختيار رئيس الجمهورية (مادة ٧٦).

٢ - الاستفتاء على إعلان وتعديل الدستور (م ١٩٣، م ١٨٩).

٣ - الاستفتاء على الخلاف بين مجلس الشعب والحكومة (م ١٢٧).

٤ - الاستفتاء على الإجراءات المترتبة على تطبيق المادة ٧٤ من الدستور.

٥ - الاستفتاء على حل مجلس الشعب (م ١٣٦).

٦ - الاستفتاء فى المسائل الهامة (م ١٥٢).

والحالات الثلاث الأولى لم تحن الفرصة للمحكمة الدستورية لتناولها بعكس الحالات الثلاث

الأخيرة، وسوف نحل قضاء المحكمة بشأن الاستفتاء في الفرع الأول وفي الفرع الثاني سوف نبين رأينا في الموضوع.

الفرع الأول

تطليل قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بحق الاستفتاء المنصوص عليه بالمواد

١٣٦، ١٣٧، ١٥٢ من الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١

أ - المادة (٧٤) (102)؛

تنص المادة (٧٤) من الدستور على أنه « لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب ، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها ».

وقد استخدم رئيس الجمهورية هذه المادة مرتين، الأولى عقب انتفاضة ١٨، ١٩ يناير سنة ١٩٧٧ والمعروفة باسم انتفاضة الحرامية، حيث أصدر الرئيس السادات القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ والذي نصت مادته رقم (١١) على طرحه للاستفتاء الشعبي تطبيقاً لحكم المادة (٧٤) من الدستور، والمرة الثانية كانت نتيجة الفتنة الطائفية بين المسلمين والمسيحيين سنة ١٩٨١ والمعروفة باسم أحداث الزاوية الحمراء، حيث أعلن الرئيس السادات أيضاً تطبيق المادة (٧٤) ، وأصدر القرار الجمهوري رقم ٤٩٨ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ٥ سبتمبر ١٩٨١ بدعوة الناخبين المقيدة أسمائهم في جداول الانتخاب يوم الخميس ١٠ سبتمبر ١٩٨١ ، لإبداء الرأي في الاستفتاء على إجراءات ومبادئ حماية الوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي الواردة في بيان رئيس الجمهورية إلى الشعب المصري في ٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ المرفق بهذا القرار .

وكان من ضمن الإجراءات التي اشتملها القرار الجمهوري رقم ٤٩٨ لسنة ١٩٨١ القرار رقم ٤٩٢ لسنة ١٩٨١ بحل عدد من الجمعيات المشهورة وفقاً لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة، ومن بينها جمعية أنصار السنة المحمدية فرع سوهاج، ونظراً لأن القرار بقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ كان قد أضاف بنداً جديداً للمادة (٢٤) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٤ بشأن حماية القيم من العيب مقتضاه اختصاص محكمة القيم دون غيرها بالفصل في التظلمات من الإجراءات التي تتخذ وفقاً للمادة ٧٤ من الدستور فقد حدث تنازع إيجابي بين جهة القضاء الإداري من ناحية وجهة قضاء القيم من ناحية أخرى، الأمر الذي أعطى الفرصة للمحكمة الدستورية العليا للفصل في الأمر مما اقتضى تحليل طبيعة قرار رئيس الجمهورية بحل الجمعية موضوع النزاع، حيث قضت المحكمة بأنه لايعو أن يكون قراراً إدارياً شأنه في ذلك شأن القرار الذي يصدر عن وزير الشؤون الاجتماعية بحل الجمعيات الخاضعة لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ إعمالاً لنص المادة ٥٧ منه إذا ثبت ارتكابها لمخالفة جسيمة للقانون أو خروجها على النظام العام أو الآداب.

واستدركت المحكمة (103) وأكدت أنه لايجوز الاستفتاء الشعبي دون الطعن على هذا القرار أو تطهيره من العيوب التي شابته، إذ ليس من شأن هذا الاستفتاء أن يرد قراراً معدوماً إلى الحياة ولا

إسباغ الصحة على قرار ولد باطلا، ولا أن يغير من طبيعته فيلحقه بأعمال السيادة، ذلك أن العبرة في تحديد التكليف القانوني لأى عمل تجرية السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان عملا إداريا أم من أعمال السيادة هي طبيعة العمل ذاته (104).

ب - المادة (١٣٦) :

تنص تلك المادة على أنه « لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء »

وقد سبق لنا تناول الخلاف الفقهي الذي تم إثر صدور حكم المحكمة الدستورية التاريخي (105) بجلسة ١٩/٥/١٩٩٠ ، وانتهى الأمر الى الأخذ بالرأى الثالث الذى نادى بالاستفتاء على حل المجلس ثم يجرى بعد ذلك حله.

وتنفيذا لهذا الرأى أصدر رئيس الجمهورية القرار رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب، فأقيم إشكال أمام المحكمة الدستورية العليا طلب فيه الحكم بصفة مستعجلة بقبول الإشكال شكلا وبوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب فى يوم ١١ أكتوبر ١٩٩٠ شاملا كافة آثاره، مع الحكم تبعا لذلك باستمرار تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا من قانون مجلس الشعب متضمنا قضاءه ببطلان عضوية أعضائه وتشكيله، وقد انتهت المحكمة فى هذه الدعوى إلى القضاء بعدم الاختصاص تأسيسا على أن القرار الطعين إنما يتعلق باستطلاع رأى هيئة الناخبين التى تمثل القاعدة الشعبية فى أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ويتصل بتكوين هذه السلطة، وهو يعد بهذه المثابة من أبرز الأمور التى تتعلق بممارسة سلطة الحكم ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية التى تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسؤولية بصدد إجرائها بغير معقب من القضاء (106).

ج - المادة (١٥٢) :

نصت تلك المادة على أن « لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا ».

وقد طبقت هذه المادة ثلاث مرات :-

١ - المرة الأولى الاستفتاء الذى جرى على ورقة اكتوبر سنة ١٩٧٤ فى ١٥ مايو سنة ١٩٧٤ ، والتى قدمها الرئيس السادات عقب انتصار اكتوبر ١٩٧٣ ، وحدد فيها أهداف المرحلة القادمة وبرنامج عمل هذه المرحلة، والمرة الثالثة كانت تتعلق بالاستفتاء على معاهدة السلام بين مصر وإسرائيل والاتفاق التكميلي الخاص بالحكم الذاتى الكامل فى الضفة الغربية وقطاع غزة.

ولم يتح للمحكمة الدستورية العليا الإدلاء بصدد هذين الاستفتاءين بقضاء.

٢ - المرة الثانية - وهى الوحيدة التى أتت للمحكمة الدستورية الإدلاء بشأنها بقضاء تناول تكليف مسألة الاستفتاء - وهى تلك المتعلقة بالاستفتاء على مبادئ حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى فى ٢١ مايو سنة ١٩٧٨ ، والذى صدر بناء عليه القانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى . ونص القانون المذكور فى مادته الرابعة على أنه «لا يجوز

الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق أو الأنشطة السياسية لكل من تسبب في إفساد الحياة السياسية قبل ثورة يوليو سنة ١٩٥٢ سواء كان ذلك بالاشتراك في تقلد المناصب الوزارية منتقيا إلى الأحزاب السياسية التي تولت الحكم قبل ٢٣ يوليو ١٩٥٢، أو بالاشتراك في قيادة الأحزاب وإدارتها ، وذلك كله فيما عدا الحزب الوطني ، والحزب الاشتراكي (حزب مصر الفتاة) ، وكان المدعى الاشتراكي قد أصدر قرارين تضمنتا إخطار شخصين بانطباق حكم المادة الرابعة عليهما فطعننا فيهما بوقف التنفيذ والإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري التي أحالت الدعوى إلى المحكمة الدستورية ليبحث مدى دستورية المادة الرابعة المذكورة.

وقد دفعت الحكومة أمام المحكمة الدستورية العليا (١٥٧) بعدم اختصاصها بنظر الدعوى تأسيسا على أن النص التشريعي المطعون عليه قد صدر بعد استفتاء شعبي تم إعمالا لنص المادة ١٥٢ من الدستور، ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية، فنجابت المحكمة على هذا الدفع بأنه مردود لأن نص المادة (١٥٢) من الدستور لا يخرج عن أن يكون ترخيصا لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقرر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية على هيئة الناجحين لاستطلاع رأيها من الناحية السياسية، ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء - الذي رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه - ذريعة إلى إهدار أحكامه أو مخالفتها، كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت في الاستفتاء، لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التي لا يجوز تعديلها إلا وفقا للإجراءات الخاصة المنصوص عليها في المادة (١٨٩) من الدستور، وبالتالي لاتصح هذه الموافقة ماقد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور ، وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى مرتبة من الدستور ، فتتقيد بأحكامه، وتخضع بالتالي لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة الدستورية، هذا فضلا عن أن النص التشريعي المطعون عليه قد صدر في شأن يتعلق بحق فئة من المواطنين في مباشرة الحقوق السياسية التي كفلها الدستور، والتي ينبغى على سلطة التشريع ألا تتنازل عنها وإلا وقع عملها مخالفا للدستور، ومن ثم لا يكون ذلك النص قد تناول مسائل سياسية تنأى عن الرقابة الدستورية .

الفرع الثاني

رأينا في الموضوع

يلاحظ أن نتائج الاستفتاء في مصر تنور في معظمها في دائرة التسهيلات فهي بين ٩٩٪ و٩٩٫٩٩٪ ، ولا يشذ عن ذلك الاستفتاءات التي جرت في ظل دستور ١٩٧١. ومن البديهي أن هذه الأرقام مبالغ فيها وتوحي بعدم الاطمئنان لنتيجة هذا الاستفتاء، إذ من المستحيل عقلا حسبا يرى د/ محمد قدرى حسن (١٥٨) ورود هذه الموافقات شبه الاجماعية على هذه الاستفتاءات فالناس مختلفون في طبائعهم وآرائهم واتجاهاتهم ومصالحهم لدرجة لا يمكن أن تصل بهم إلى مثل هذا الاتفاق الذي لا يتحقق للرسول والنبيين، ولا يتصور أن قوة بشرية تستطيع جمع الناس على كلمة واحدة لا يختلفون عليها.

ونرى أنه طالما لا يتحقق الإشراف القضائي الكامل على الانتخابات فإن نتائجها وليس فقط الاستفتاء تكون غير حقيقية.

ولا يتحقق الإشراف القضائي الكامل إلا بأن يتولى الإشراف على كل صندوق من صناديق اللجان الفرعية قاض، ولا يجوز التحجج بقلة عدد القضاة إذ يمكن أن يتولى الأمر كافة أعضاء الهيئات القضائية ، ويمكن أن يجري الانتخاب في أكثر من يوم.

ويبدو التوزيع الانتخابي جليا في أن اللجنة العامة المكونة من مائة صندوق مثلا لا يشرف القضاة إلا على عشرة منها، دون بقيتها، وعند الفرز نجد أن الصندوق الذي أشرف عليه القاضي إذا كان لا يزيد عدد الأصوات فيه في المتوسط عن ثلاثين صوتا، فإن الصناديق الأخرى التي لا إشراف قضائي عليها تصل فيها عدد الأصوات إلى مائتين وثلاثمائة.

ولا يفسر هذا التناقض إلا وجود تزوير.

كما يلاحظ (109) تدنى المستوى الوظيفي للموظفين الذين يتولون رئاسة اللجان الفرعية، فهم في معظمهم من الموظفين نوى المؤهل المتوسط والذي لا يزيد الدخل الشهري لأى منهم عن مائة جنيه الأمر، الذي يسهل إما رشوتهم أو إرهابهم.

ويوم يثق المواطنون في نزاهة الانتخابات والإشراف القضائي الكامل عليها فسوف يندفعون اندفاعا محمودا للقيد في الجداول الانتخابية - بعكس ما هو حادث الآن .

ويبدو أن ظروف البيئة (110) الانتخابية الموجودة في مصر كان هو الدافع الأعظم للمحكمة الدستورية نحو ماقضت به بشأن حق الاستفتاء.

ولذلك فإن المرء يتعجب حقا مما رآه أستاذنا الدكتور (111) الطماوى من أن القانون الذي يقره الشعب عن طريق الاستفتاء يسرى حتى ولو خالف الدستور، إذ يعتبر الدستور حينئذ قد عدل بمقتضى هذا القانون مما يرفع القانون الذي تمت الموافقة عليه بالاستفتاء إلى مرتبة القانون الدستوري.

ولاشك عندنا في أن هذا الرأي لو أخذت به المحكمة الدستورية العليا لأدى إلى القضاء على الدستور في مجمله وليس فقط مبدأ أو اثنان منه.

ويبدو من قضاء المحكمة الدستورية العليا أنها حمت أصل الحق في اللجوء إلى الاستفتاء احتراماً منها للنصوص الدستورية التي تقره، إذ لم تتدخل لتمنع اللجوء إليه في القضية رقم ٤ لسنة ١٢ق (منازعة تنفيذ) ، جلسة ١٠/٩/١٩٩٠، بحسبانه يتعلق باستطلاع رأى الناخبين في مسألة سياسية، وهي تلك المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية.

كما لم تنكر المحكمة على رئيس الجمهورية حقه في استفتاء الشعب إعمالاً لنص المادة (١٥٢) من الدستور ولا ضرورة استفتاء الشعب على الإجراءات المتخذة وفقاً للمادة (٧٤) من الدستور، إلا أن المحكمة من ناحية أخرى أكدت على أن هذا الاستفتاء لا يصح العيوب الدستورية التي تنطوي عليها النصوص التشريعية المقننة للمبادئ التي وافق عليها الشعب في الاستفتاء ، ولا يصح القرارات الإدارية المعنومة أو الباطلة.

وهكذا تبو عظمة محكمتنا الدستورية في حمايتها لحق الاستفتاء تارة وفي عدم إنكارها له تارة، إلا أنها في ذات الوقت لم تعمل هذا الحق إلى نهاياته غير المنطقية التي قد تؤدي - بل يقينا ستؤدي - إلى تآكل باقى الحقوق الدستورية.

المبحث الثاني

المجال الاقتصادي

تقسيم :

يعد المجال الاقتصادي مرتعا خصبا لنشاط المحكمة الدستورية وسوف نرى أن المحكمة في هذا المجال كانت - كالعهد بها دائما - موفقة في أحكامها.

ولما كانت القوانين التي تفرض الضرائب مرتبطة بالمجال الاقتصادي لذا سندرسها في مطلب أول وفي مطلب ثان سندرس حق الملكية وكيف فهمته المحكمة وحتمه بصفة عامة ، ولما كانت العلاقات الإجبارية تعد مثالا واضحا لدفعة من القضايا التي حمت فيها المحكمة حق الملكية لذا سوف نركز على تلك القضايا في مطلب ثالث ، وسوف نخرج في مطلب رابع لتحليل الأحكام المرتبطة باقتصاد الدولة في غير المجال الضريبي أو حق الملكية وأخيرا سنوضح في المطلب الخامس رأينا في الموضوع.

المطلب الأول

المجال الضريبي

يعد المجال الضريبي من أخطر المجالات التي تؤثر فيها أحكام المحكمة الدستورية العليا الحديثة لما لحكم المحكمة الدستورية من أثر مالى واسع الخطر في هذا المجال ، بحسبان أنه يؤدي إلى رد الضريبة المقضى بعدم دستورتها بعد دفعها بعدة سنوات ويعد أن تكون الدولة قد اعتمدت عليها في تمويل نفقاتها وضبط موازناتها ، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة إعادة تدبير النفقات اللازمة لرد الضريبة ، مما يؤدي إلى كثير من الخلل والاضطراب في ميزانية الدولة.

ورغم ذلك فقد وضعت المحكمة بأحكامها في المجال الضريبي نبراسا هاما يبين الطريق أمام المشرع حال وضعه للقوانين الضريبية.

وسوف نستعرض في هذا المطلب بعض القضايا الضريبية الهامة على النحو التالي :

١ - قضت المحكمة في سنة ١٩٨٨⁽¹¹²⁾ بدستورية نص المادة ٣٦ مكررا (ز)⁽¹¹³⁾ من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي والذي نعى المدعى عليها بعدم دستورية ماتضمنته من خصم رسوم إيداع المبالغ المحصلة من المستأجر خزانة المحكمة استنادا إلى أن هذا الخصم يتعارض مع نص الفقرة الثالثة من المادة (١١٩) من الدستور، التي تقضى بأنه لا يجوز تكليف أحد أداء رسم إلا في حدود القانون.

وقد أقامت المحكمة قضاها على أن فرض الرسم على ما يودع خزائن المحاكم قد تقرر بمقتضى القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية في المواد المدنية ومن ثم فإن القانون هو الذي فرض رسم الإيداع ويعتبر المصير المنشئ لهذا الرسم.

٢ - وطعن بعدم الدستورية على نص المادة (٢) من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ في شأن

الضريبة على العقارات المبنية والذي ينص على نهائية القرارات الصادرة عن مجلس المراجعة والذي يُتَظَلَم أمامه من تقدير القيمة الإيجارية السنوية للعقار، وقضت المحكمة الدستورية العليا (114) بدستوريته بحسبان أن مجلس المراجعة هو مجرد هيئة إدارية متمتعة باختصاص قضائي ونهائية هنا هي نهائية القرار، أي لا يكون قرار الجهة الإدارية خاضعا - في مجال إقراره - لتصديق جهة أعلى منها أو لتعقيها ولازم ذلك أن يكون قرار الجهة الإدارية مستكملا عند صدوره عنها لكل المراحل التي يتكامل بها وجوده قانونا، فلا تبقى حلقة منها بيد جهة أخرى، وهي غير النهائية المؤدية لعدم الدستورية والتي تمنع الفرد من النفاذ إلى القضاء للحصول على الترضية القضائية التي يطلبها لرد العدوان على الحقوق التي يدعيها.

ومن ثم فقد انتهت المحكمة إلى أن النعى على النص المطعون فيه بمخالفة نص المادة (٦٨) من الدستور والذي يحظر النص في القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء، لا محل له.

٢ - وفي قضية أخرى نظرت المحكمة في دستورية قانون يفرض الضريبة على التصرفات العقارية بأثر رجعى وذهبت المحكمة إلى أن الأثر الرجعى للضريبة في حد ذاته لا مخالفة دستورية فيه للمادة (١٨٧) من الدستور إذ تجيز تلك المادة الرجعية في غير المواد الجنائية بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب، إلا أن الأصل ألا يلجأ المشرع لتقرير رجعية الضريبة إلا إذا أملت مصلحة اجتماعية لها وزنها، وذلك بالنظر إلى الآثار الخطيرة التي تحدثها الرجعية في محيط العلاقات القانونية، ومايلابسها بوجه خاص في أغلب الأحوال وأعمها من إخلال بالاستقرار وإهدار الثقة المشروعة في التعامل ومساسس بالحقوق.

وأكدت المحكمة أن الأثر الرجعى الذى تضمنه النص التشريعى المطعون فيه - وعلى ما أوره تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الخطة والموازنة ومكتب اللجنة الاقتصادية بمجلس الشعب عنه - قد تقرر بعد أن قرر المشرع ملاحقة ما اعتبره ثراءً مفاجئاً حققه ممولو الضريبة المفروضة بموجب من خلال تصرفاتهم العقارية بعد العمل بسياسة الانفتاح الاقتصادى بدءاً من أواخر سنة ١٩٧٣ وما صاحبها من زيادة أثمان العقارات ولم تكن أرباحهم وقتئذ خاضعة لأية ضريبة نوعية ولا للضريبة العامة على الإيراد بالتالى . وذهبت المحكمة إلى أن تقرير الرجعية يخل بالثقة المشروعة في التعامل ويجاوز مبلغها الحدود المنطقية لتوقع المتعاملين في إطار الضريبة القديمة الأمر الذى يجافى مفهوم العدالة الاجتماعية التى يقوم عليها النظام الضريبى ويخالف بالتالى نص المادة (٢٨) (115) من الدستور.

٤ - وفي سنة ١٩٩٣ تعرضت (116) المحكمة لدستورية قانون الضريبة على الأرض القضاء رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ المعدل بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٨. وذهبت إلى أن تلك الضريبة هي ضريبة مباشرة على رأس مال لاغل لا يخلل يمثل في الأرض القضاء الواقعة داخل نطاق المدن في المناطق المتصلة بالمناطق العامة الأساسية من مياه ومجار وكهرباء والتي لاتخضع لأى من الضريبة على العقارات المبنية أو الضريبة على الأطنان الزراعية، وأنها ضريبة دورية متجددة تستحق سنويا طالما لم تتغير طبيعتها بالبناء عليها أو بزراعتها فتخضع بذلك لضريبة أخرى.

وأكدت المحكمة أن النص مخالف للمادة (٢٤) من الدستور التى تصون الملكية الخاصة بالإضافة

إلى إخلاله بالعدالة الاجتماعية المنصوص عليها بالمادة (٢٨) منه.

ويقوم هذا القضاء على ركيزة من أنه لايجوز أن تفرض الضريبة ويحدد وعائها بما يؤدي إلى زوال رأس المال المفروضة عليه كلية أو الانتقاص منه بدرجة جسيمة ، فما لذلك الغرض شرعت الضريبة ، وما قصد الدستور أن تؤدي في نهاية المطافها أن يفقد المواطن رأس المال المحمل بعينها، من أجل ذلك كان الدخّل - باعتباره من طبيعة متجددة ودورية - هو الذي يشكل على اختلاف مصادره الوعاء الأساسي للضرائب ، وبحساباته التعبير الرئيسى عن المقدرة التليفية للممول، بينما يشكل رأس المال وعاء تكميليا للضرائب لايلىأ المشرع إلى فرض الضريبة عليه إلا استثناء ولرة واحدة - أو لفترة محدودة وهو الأمر الذى تخلف فى الضريبة محل الموضوع.

ه - وبالنسبة لضريبة العاملين بالخارج والتي كان المشرع قد فرضها بالقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ وكان يفرضها بصورة مبلغ مقطوع يختلف باختلاف درجات العاملين، وتسرى تلك الضريبة على العاملين بالدولة والقطاع العام وبكادرات خاصة الحاصلين على إعارة أو أجازة خاصة برون مرتب للعمل بالخارج، فقد ذهب المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية فرضها استنادا على الركائز والأسس الآتية :

أ - إنه إذا حدد المشرع وعاء للضريبة التي فرضها بأن حصره فى أجور العاملين ومرتباتهم التي يتقاضونها عن عملهم فى الخارج ، تعين أن يكون مبلغ الضريبة متأتيا من مصدر هذا الدخل دون سواء ومرتبيا على وجوده حقيقة لاحكما - فإذا كان دين الضريبة منفصلا عن وعائها وليس نتاجا لتحقيقه دل ذلك على أن الرابطة المنطقية والحتمية بين وعاء الضريبة ومبلغها متخلفة بتمامها. بما يناقض الأسس الموضوعية للضريبة.

ب - إنه إذا أفرد الدستور بابه الثالث للحريات والحقوق والواجبات العامة وصدره بالنص فى المادة (٤٠) منه على أن المواطنين لدى القانون سواء فإن هذا المبدأ وسيلة لتحقيق الحماية القانونية المتكافئة التي لتمييز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة، وهو الأمر الذى تخلف فى الضريبة محل الموضوع، ذلك أن القانون المطعون فيه صدر - حسبما يبين من عنوانه - بفرض ضريبة على مرتبات العاملين بالخارج إلا أن نصوصه قصرت أحكامه على العاملين فى الدولة والقطاع العام أيا كانت طبيعة النظم الوظيفية التي يخضعون لها.

وبذلك خرج من مجال سريانها غير هؤلاء ممن يحققون دخلا ناجما عن عملهم فى الخارج وهم فئة من المواطنين كان من الواجب إخضاعهم للضريبة إلا أن ذلك لم يحدث مما يعد إخلالا بالتكافؤ فى المعاملة القانونية.

ج - ومن ناحية أخرى فإنه لما كان الشاغلون لهذه الدرجة يتفاوتون فيما بينهم فيما قد يحصلون عليه من دخل لقاء عملهم خارج جمهورية مصر العربية فإن إخضاعهم جميعا لضريبة واحدة ثابت مبلغها يعتبر - ومن هذه الناحية - مناهض لمبدأ المساواة أمام القانون (١١٧)، (١١٨) .

وقد انتقد هذا الحكم تأسيسا على مايلي (١١٩) :-

أولا - إنه يمكن الرد على الحجة الأولى المتعلقة بتخلف الرابطة المنطقية بين وعاء الضريبة ومبلغها بأن سعر الضريبة تحدد على أساس الدرجة الوظيفية للعامل ومرتبته عنها فى مصر وهو

محور الإنفاق العام المبرر لفرض هذه الضريبة حسبما أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون الطعين، إذ قسمت مجموع الدرجات الوظيفية إلى طبقات يراعى في تحديدها تقارب المستوى الوظيفي بين عناصر كل طبقة في سلم التدرج الإداري في مصر، وحددت لكل طبقة عنها سعرا تصاعديا مع ارتفاع الدرجة الوظيفية وبالتالي المستوى الوظيفي والذي يعكس في الوقت ذاته حجم الإنفاق العام المسوغ لفرض هذه الضريبة، بما يضمن تحقيق العدالة الاجتماعية بين الخاضعين لأحكام القانون الطعين في تحمل الأعباء والتكاليف العامة، ذلك أن تقرير الضريبة لاستهداف مشاركة العامل في رزقه أو الحصول على نسبة معينة منه وإنما المقصود منه مساهمة العامل في الأعباء التي تتكبدها الدولة في شأنه حال وجوده في الخارج للعمل، والمقياس الحقيقي في تقدير هذه الأعباء لا يكون بالنظر إلى الأجر الذي يحصل عليه العامل في الخارج، وإنما إلى الدرجة الوظيفية للعامل والتي تعكس حجم الإنفاق العام الذي تتحمله الدولة للحفاظ على الوضع الوظيفي للعامل خلال فترة وجوده بالخارج ، وهذا مايتفق مع العدالة الاجتماعية.

ثانيا : وعن الإخلال بالتكافؤ في المعاملة القانونية بين العاملين في الحكومة والقطاع العام والكادرات الخاصة وبين غيرهم فإن ذلك مرده إلى اختلاف المعاملة التي توليها الدولة لكل من هاتين الطائفتين إبان فترة العمل في الخارج، إذ في الوقت الذي لالتزم فيه الدولة تجاه العاملين بالقطاع الخاص بآية التزامات بحسب الأصل نجدها على العكس تماما ملتزمة بتوفير العديد من المزايا والضمانات لطائفة العاملين الصادرة في شأنهم النصوص الطعينة، إذ تكفل الدولة لهم الحصول على إجازات خاصة وإعارات للعمل بالخارج الأمر الذي ينطوي على بعد عن مباشرة الوظيفة ومساس بحجم الإنتاج ، في الوقت الذي تظل فيه الدولة قائمة على رعاية مصالح العامل المعار أو القائم بالإجازة الخاصة إذ تضمن له الاحتفاظ بوظيفته وترجيه في درجاتها وحصوله على علاواتها واستفادته من التسويات والإصلاحات التي تتقرر في هذا الشأن بحكم استمرار العلاقة الوظيفية، بالإضافة إلى الاستفادة من نظم التأمينات الاجتماعية والتكافل الاجتماعي مع قيام الدولة بسداد جزء من حصة اشتراكات التأمينات في بعض الأحوال.

وأنة إزاء وجود هذه الضمانات بما ترتبه من أعباء على الدولة فإنه تحقيقا للعدالة في توزيع الأعباء كان من اللازم تقرير هذه الضريبة.

ثالثا : وعن الحجة الثالثة والمتعلقة بتفاوت الأجر فإنه مرئود عليها بوجود صعوبة عملية قد يستحيل معها تحديد سعر الضريبة بالنظر إلى المرتب أو الأجر الذي يحصل عليه العاملون في الخارج.

ونرى أنه إذا كانت وجهة نظر المحكمة في هذه الضريبة تستند الى أسباب قوية فإن وجهة النظر المعارضة هي الأخرى ليست ضعيفة، وربما ماكان يمكن أن يحسم وجهة نظر المحكمة هو تقريرها لبدأ إقليمية الضريبة والقضاء بعدم دستورية الضريبة استنادا إليه، بحسبانه مبدئا لاتقوم الضريبة بدونه فلايجوز لدولة أن تتجاوز تخومها وحدودها الإقليمية لتفرض الضريبة على وقائع نشأت واكتملت خارجها، وقد استقر هذا المبدأ في الضمير الإنساني والعالمي -حسبما نظن - أو على الأقل في طريقه إلى ذلك، ويبدو أن المحكمة رأت أن مبدأ إقليمية الضريبة لم يحن بعد أوان إقراره تحسبا لظروف أفضل في المستقبل.

٦ - وفي قضية أخرى أوضحت المحكمة أن الأصل أن يتوخى المشرع بالضريبة التي يفرضها أمرين يكسبون أحدهما أصلا مقصودا ابتداءً **primary motive** ويتمثل في الحصول على غلتها لتعود إلى الدولة وحدها، تضعها في خزائنها العامة لتعينها على مواجهة نفقاتها، ويكون ثانيها مطلوبا منها بصفة عرضية أو جانبية أو غير مباشرة **incidental motive** كاشفا عن طبيعتها التنظيمية دالا على التدخل بها لتغيير بعض الأوضاع القائمة ويوجه خاص من زاوية تقييد مباشرة الأعمال التي تتناولها أو حمل المكلفين - من خلال عبئها - على التخلي عن نشاطهم .

وتظل للضريبة مقوماتها من الناحية الدستورية ولا تزالها طبيعتها هذه ، لمجرد أنها تولد أثارا عرضية بمناسبة إنشائها.

وإذا كانت خصائص الضريبة قد أوضحتها المحكمة على النحو المذكور فقد استدركت وأكدت أن الضريبة تتجرد من خصائصها إذا كان من شأنها تدمير وعائها أو كان لها وطأة الجزء بما يباع بينها وبين الأغراض المالية التي ينبغي أن تتوخاها أصلا ، وكذلك كلما قام الدليل على انتفاء المصلحة المشروعة التي تسوغها وهو ما يقع بوجه خاص إذا كان معدل الضريبة أو أحوال فرضها مناقضا للأسس الموضوعية التي لا تقوم الضريبة إلا بها .

وأكدت المحكمة أن هناك من الأمور ما يمكن التجاوز عنه ولا يشكل مخالفة دستورية مثل أن تكون حصيلتها متناهية في ضالتها أو أن يكون باعثها غير مرض بوجه عام أو أن يكون هدفها الحصول أصلا من المكلفين بها على مبلغها مع تنظيم نشاطهم عرضا بما يجعل استمرارهم فيه مرهقا .

وأكدت المحكمة⁽¹²⁰⁾ أن أموال الدولة بكل مكوناتها وكذلك ضوابط إنفاقها يهيئان معا الظروف الضرورية التي تقي السلطة التنفيذية من خلالها بواجباتها ويعد إلزاما دستوريا يقيد السلطة التشريعية أن تربط الموارد المالية في جملتها بمصارفها تفصيلا وهذا هو جوهر اختصاصها في مجال ضبطها لمالية الدولة ، والأصل في الضريبة - باعتبار أن حصيلتها تعد إيرادا عاما - أن يؤول مبلغها إلى الخزانة العامة لينتج مع غيره من الموارد التي تم تدبيرها .

ومن حيث إن القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ يفرض في المادة ٧٩/د منه دفعة مقدارها قرش صاغ واحد عن كل برميل من البترول الخام لصالح نقابة بذاتها وهي نقابة المهن العلمية، واختصها بحصيلتها التي تؤول مباشرة إليها فلاتدخل خزانة الدولة أو تقع ضمن مواردها ليمتنع استخدامها في مجابهة نفقاتها العامة ولتكون في حقيقتها معونة مالية رصدتها الدولة لتلك النقابة - لأعن طريق الضوابط التي يفرضها الدستور في شأن الإنفاق العام - ولكن من خلال قيام الضريبة المطعون عليها بدور يخرجها عن مجال وظائفها ويفقدها مقوماتها لتتحل عدما، فمن ثم فإن الأمر يقتضى الحكم بعدم دستوريته لمخالفتها أحكام المواد (٦١ و ١١٥ و ١١٦ و ١١٩ و ١٢٠ من الدستور).

٧ - وقد قضت المحكمة الدستورية العليا سنة ١٩٩٦ في دستورية قانون الضريبة على الاستهلاك رقم ١٢٣ لسنة ١٩٨١ وانتهت إلى الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثانية⁽¹²¹⁾ من القانون المذكور فيما قرره من تحويل رئيس الجمهورية، تعديل جدول الضريبة المرافق للقانون ويسقط ما تضمنته هذه الفقرة والفقرة الثالثة من تلك المادة من أحكام أخرى وكذلك يسقط قراري رئيس الجمهورية رقمي ٣٦٠ لسنة ١٩٨٢، ١٣٧ لسنة ١٩٨٦⁽¹²²⁾ .

ويقوم هذا القضاء على ركيزة مما يلي :

- أن البين من نص المادة (١٠٨) من الدستور أن التفويض (123) التشريعي الصادر عن مجلس الشعب ، لا يجوز أن يكون مطلقا بل محدا ، وعلى الأخص من جهتين .

أولاهما: أن التفويض لا يصدر إلا متعلقا بتنظيم موضوع معين متضمنا بيان الأسس التي يقوم عليها هذا التنظيم .

ثانيتهما: أن رئيس الجمهورية لا يمارس ما فوض فيه من اختصاص في شأن هذا الموضوع ، إلا خلال فترة زمنية لا يتعداها يبينها قانون التفويض ، فإذا خلا منها ، كان التفويض ممتدا في الزمان إلى غير حد متضمنا إعراض السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها الأصلية ناقلا مسئوليتها إلى السلطة التنفيذية ومخالفا للدستور بالتالي .

ولما كان النص المطعون فيه لا يقيّد رئيس الجمهورية - فيما فوض - بزمان معين يكون ميعادا موقوتا محدا سلفا من قبل السلطة التشريعية، فإن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بتعديل الجدول المرافق لقانون الضريبة المطعون عليها لا يكون منحصرًا بين تاريخين، بل متراميا متحررا من قيد الزمن وباطلا .

إضافة إلى أن التفويض الذي تم بالنص المطعون فيه يخول رئيس الجمهورية وفي الحدود التي يبينها قانون التفويض - إنشاء ضريبة عامة ومن ثم فإن فرضها حينئذ يكون في حدود القانون وليس بقانون وهو ما يعنى مساواتها بغيرها من الفرائض المالية لتصدر جميعها في حدود القانون بالمخالفة لمقاصد الدستور والمادة ١١٩ منه.

وأكدت المحكمة على أن إقرار السلطة التشريعية للضريبة العامة التي فرضها رئيس الجمهورية لايزيل عوارها ولا يحيلها إلى عمل مشروع دستوريا. ولا يدخل تشريعها في عداد القوانين التي تقرها السلطة التشريعية مقيدة في شأن اقتراحها وإقرارها وإصدارها بالأحكام المنصوص عليها في الدستور (124).

المطلب الثاني

حق الملكية

حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة منذ دستور ١٩٢٣- على مبدأ صون الملكية الخاصة وخدمتها باعتبارها في الأصل ثمرة النشاط الفردي وحافزه على الانطلاق والتقدم ، فضلا عن أنها مصدر من مصادر الثروة القومية التي يجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي، ومن أجل ذلك حظرت تلك الدساتير نزع الملكية الخاصة جبرا عن صاحبها إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض وفقا للقانون (المادة ٩ في كل من دستور سنة ١٩٢٣، ودستور سنة ١٩٣٠، والمادة (١١) من دستور سنة ١٩٥٦، والمادة (٥) من دستور سنة ١٩٥٨، والمادة (١٦) من دستور سنة ١٩٦٤ ، والمادة (٣٤) من دستور سنة ١٩٧١)، كما نص الدستور القائم صراحة على حظر التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام ويقانون ومقابل تعويض (المادة ٣٥)، بل إنه إمعانا في حماية الملكية الخاصة ومنع الاعتداء عليها بغير حق حظر هذا الدستور المصادرة العامة حظرا مطلقا، كما لم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي (المادة ٣٦).

١ - ولقد ذهب المحكمة في حكمها الصادر بجلسته ١٩٨٨/١/٢ (125) إلى أنه لما كان التعويض المستحق لأصحاب المنشآت الصحفية التي ألت ملكيتها إلى الاتحاد القومي، إنما يقدر بقدر قيمتها، وفقا لأحكام القرار بقانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٦٠ أى أنه تعويض مقابل لتلك القيمة ومعاذل لها، ومن ثم، وإذ نص القرار بقانون رقم ١٧٩ لسنة ١٩٦٢ المطعون فيه على تحديد مبلغ ١٥ ألف جنيه حدا أقصى لهذا التعويض الذي كان قد استحق كاملا لأصحاب الصحف بصدر القرار بقانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٦٠، فإنه يكون قد انتقص من هذا التعويض وانطوى بذلك على اعتداء على الملكية الخاصة بالمخالفة لحكم المادة (٢٤) من الدستور التي تكفل صون هذه الملكية.

وفى ذات الاتجاه قضت المحكمة بجلسته ١٩٩٢/٣/٧ (126) بعدم دستورية البند ب من المادة العاشرة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادر بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ فيما نص عليه من وضع حد أقصى للتعويض لا يجاوز ثلاثين ألف جنيه، وأكدت المحكمة أنه لا وجه لقالة أن المشرع قد التزم بالحد الأقصى المشار إليه باعتباره يمثل خطأ اشتراكيا قصد به تذيب الفوارق بين الطبقات، ذلك أن التزام المشرع بالعمل على تحقيق هذا المبدأ، لا يعنى ترخصه فى تجاوز الضوابط والخروج على القيود التي تضمنتها مبادئ الدستور الأخرى، ومنها صون الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء وفى الحدود وبالقيد التي أوردتها نصوصه .

ولاحظت المحكمة أن المشرع الدستوري قد عنى - فى التعديل الصادر بتاريخ ٢٢ مايو ١٩٨٠ - عند تحديد الأساس الاقتصادي للدولة فى المادة الرابعة من الدستور بأن يستعيز عن عبارة « ويهدف إلى تذيب الفروق بين الطبقات » بعبارة « ويؤدى إلى تقريب الفوارق بين الدخول ويحمى الكسب المشروع ويكفل عدالة توزيع الأعباء والتكاليف العامة »، وهى ذات العبارة التي أوردتها فى المادة ٢٣ منه والتي تنص على أن « ينظم الاقتصاد القومي وفقا لخطة تنمية شاملة تكفل زيادة الدخل القومي وعدالة التوزيع، ورفع مستوى المعيشة، والقضاء على البطالة، وزيادة فرص العمل، وربط الأجر بالإنتاج، وضمان حد أدنى للأجور، ووضع حد أعلى يكفل تقريب الفروق بين الدخول» وبذلك يكون الأساس الذى أقام عليه النص المطعون فيه حكمه مصادما للدستور (127).

٢ - ولم تجد المحكمة بحكمها الصادر بجلسته ١٩٩١/٥/٤ (128) أى اعتداء على حق الملكية فى التنظيم التشريعى لقيود البناء على الأرض الزراعية (المادة ١٥٢ من قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٢)، حيث ذهب المحكمة إلى أن القصد من هذا التشريع هو مواجهة ظاهرة البناء عليها بما ينتقص من رقعتها ويحد من غلتها وباعتبار الحفاظ عليها لازما للتنمية الاقتصادية، دون غل ليد المالك عن إدارة أرضه أو التصرف فيها أو البناء عليها كلية. ولما طعن ثانية على ذات التنظيم التشريعى (م ١٥٢ المذكورة)، ذهب المحكمة (129) إلى أن قضاها السالف هو فصل نهائى فى الموضوع لا يقبل تعقيبا منها ولا من غيرها، ويكون لغوا إثارة الأمر مجددا .

٣ - وفى حكم المحكمة الصادر بجلسته ١٩٩٢/٢/٦ (130) بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن الحراسة، الذى يقرر ألا تقبل الدعاوى المتعلقة بالحقوق الناشئة عن الحراسة التي فرضتها الدولة - قبل العمل بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم سلامة الشعب أو المترتبة عليها، مالم ترفع الدعوى بشأنها خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون، ذهب المحكمة إلى أن مؤدى النص المذكور هو أن هذا

الميعاد مرتبط بدعوى الاستحقاق التي تحمي تلك الحقوق مما يعني إسقاط الحق في إقامتها بفواته.

ورفضت المحكمة الأمر السالف بحسبان أنه من المقرر أن لحق الملكية خاصة يتميز بها عن غيره من الحقوق العينية والشخصية، تتمثل في أن الملكية وحدها هي التي تعتبر حقاً دائماً، وأنه وأياً كانت المدة التي يخرج فيها الشيء عن حيازة مالكه، فإنه يظل متمتعاً بالحق في حمايتها وردها إليه حال اغتصابها منه دون أن يتقيد في ذلك بزمان معين إلا إذا آل الحق فيها إلى غيره وفقاً للقانون.

وإذا كان من المقرر أن حق الملكية يظل باقياً مابقي الشيء محلها منقولا كان أم عقاراً، فإن حق الملكية ذاته يكون غير قابل للسقوط بالتقادم ولا يتصور بالتالي أن تسقط بالتقادم الدعوى التي تقام لطلبه.

والحقيقة أننا رغم تأييدنا التام لما ذهب إليه الحكم في منطوقه، نرى بعض التناقض في أسبابه، إذ بينما يقرر الحكم بصورة ملزمة قاطعة أن حق الملكية ذاته غير قابل للسقوط بالتقادم ولا يتصور بالتالي أن يسقط بالتقادم الدعوى التي تقام لطلبه، يعود ليؤكد في فقرة سابقة على تلك حق المالك في حماية ملكه دون تقيد بزمان معين إلا إذا آل الحق فيها إلى غيره وفقاً للقانون إشارة إلى التقادم المكسب للملكية .

وإذا كانت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا تعدد بالتقادم حال تفسيرها للمادة ٤٩ منه، فلا يجوز للمحكمة أن تنكر التقادم كلية .

ونرى أن المحكمة كان يمكنها القضاء بعدم الدستورية استناداً إلى أن الحق في حماية الملكية لا يسقط طالما أن حق الملكية ذاته لازال قائماً ، إذ لا يجوز قيام الحق في الملكية بدون دعوى تحميه .

وفي ذات الاتجاه الرافض لوضع مدة زمنية لرفع دعوى الاسترداد ذهبت المحكمة بحكمها الصادر بجلسته ١٩٩٣/٥/١٥ (١٣١) إلى عدم دستورية المادة الخامسة والعشرين من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢ بتسليم الأعيان التي تديرها وزارة الأوقاف إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي والمجالس المحلية، وذلك فيما تضمنته من اعتبار نصيب كل من لم يتقدم بطلبه إلى وزارة الأوقاف - في الميعاد المنصوص عليه فيها - وفقاً خيراً.

واعتبرت المحكمة أن الوقف على غير الخيرات « الأهلئ » والذي أنهاه المشرع مؤداه أن المستحقين صاروا مالكين لحصص بآة غير معلقة، وحرمانهم منها بالنص التشريعي المطعون فيه هو إسقاط للملكية عن أصحابها، وعدوان مباشر عليها.

٤ - وفي الحكم الصادر بجلسته ١٩٩٥/٨/٥ (١٣٢) أوضحت المحكمة بصورة أكثر تفصيلاً المفهوم الدستوري الصحيح لحق الملكية فأكدت على أن الدستور - إعلاء من جهته لنزوى الملكية الخاصة ، وتوكيداً لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي - كفل بالمادتين ٣٢ و ٣٤ حمايتها لكل فرد - ووطنياً كان أم أجنبياً - ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء ، وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة - في الأعم من الأحوال - إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال ، وحرص بالعمل المتواصل على إيمانها ، وأحاطها بما قدره ضرورياً لصونها، مُعبداً بها الطريق إلى التقدم ، كافلاً للتنمية أهم أنواتها، محققاً من خلالها إرادة الإقدام، هاجعاً لتوفر ظروفها أفضل لحرية الاختيار والتقرير، مطمئناً في كنفها إلى يومه وغده ، مهيمناً عليها ليختص دون غيره بثمارها

ومنتجاتها وملحقاتها ، فلا يردده عنها معدد ، ولا يناجز سلطته في شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها ، ليعتصم بها من دون الآخرين ، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها وتقيها تعرض الأغيار لها سواء بنقضها أو بانتقاصها من أطرافها .

وفي فقرة أخرى تصنيف المحكمة أنه لم يعد جائزا أن ينال المشرع من عناصرها ، ولا أن يغير من طبيعتها ، أو يجرداها من لوازمها ، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها ، أو يقيد من مباشرة الحقوق التي تتفرع عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية ، وبون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية ، ويكون العدوان عليها غسبا ، وافتئاتا على كيانها أدخل إلى مصادرتها .

إلا أن المحكمة تعود فتستدرك في فقرة ثالثة لتحدد مدى إمكانية المشرع في تقييد الملكية ، فسوغت تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية ، بحسبانها وظيفة لايتحدد نطاقها من فراغ ، ولا تفرض نفسها تحكما ، بل تملئها طبيعة الأموال محل الملكية والأغراض التي ينبغي رصدها عليها ، محددة على ضوء واقع اجتماعي في بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها ، وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية ، للحد من إطلاقها ، لا تعتبر مقصودة لذاتها بل غايتها خير الفرد والجماعة (133).

٥ - وفي تطبيق دقيق للمبادئ المذكورة بالحكم المشار إليه ذهبت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٧/٢/١٣ (134) إلى عدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ٥٢١ لسنة ١٩٥٥ بتحويل وزير التعليم سلطة الاستيلاء على العقارات اللازمة للوزارة ومعاهد التعليم .

وقد تأسس هذا الحكم على ركيزة من أن القانون الطعين قد أطلق زمن الاستيلاء من كل قيد ، وصار بالتالي ممتدا دون حد ، مالم تقرر الجهة الإدارية بنفسها رد الأموال المستولى عليها لأصحابها ، وكان صون الملكية الخاصة وإعاققتها لايجتمعان ، ومن ثم فإن هدم بنيانها من خلال قيود ترهقها مع استمرارها دون مبرر ، يكون افتئاتا عليها ، منافيا للحق فيها .

المطلب الثالث

العلاقات الإيجارية

تعد القضايا الدستورية المتعلقة بالعلاقات الإيجارية مرتعا خصبا لحماية حق الملكية لأن حق المالك يبرز حين إذ كحق مقابل لحق المستأجر .

وقد لاحظت المحكمة بروز الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية بوجه خاص في مجال الإسكان حيث تتزاحم كثرة من القيود في نطاق مباشرة المالك لسلطته في مجال استغلال ملكه ، وهي قيود قصد بها مواجهة الأزمة المتفاقمة الناشئة عن قلة المعروض من الأماكن المهيئة للسكنى لمقابلة الزيادة في الطلب عليها ، ولأزم ذلك أن تدور هذه القيود وجودا وعدما مع علة تقريرها ، وباعتبار أن الضرورة تقدر بقدرها وتوافرها هو مناط الحماية التي يقرر المشرع بموجبها امتداد العقد .

١ - وقد ذهبت المحكمة في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٢/٣/١٤ (135) إلى رفض الدعوى المرفوعة طعنا على دستورية المادة (٢٢) من القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨١ .

وقد تأسس هذا القضاء على ركيزة من أن دلالة النص بعبارة وفحواه أن إقامة المستأجر عقارا

مملوكا له تزيد وحداته السكنية على ثلاث، تقتضى أن يشغل إحداها بدلا من العين التي يستأجرها ، فإن أثر البقاء فيها كان ذلك تحكما وانتهازا لاسبيل لدفعه إلا بتوفيره لمؤجرها أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية مكانا ملائما بديلا عنها بالعقار الذى أقامه ، بما لاجاوز مئلى أجرتها، والحكم المذكور لاينطوى على عنوان من المؤجر على ملكية المستأجر للعقار الذى أقامه ، وأساس ذلك أن بقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء المدة الاتفاقية للعقد، يفترض استمرار حاجته إليها بوصفها مكانا ينويه وأسرته، وعلى خلاف ذلك يتأتى العنوان من جهته باقتران احتفاظه بها بامتناعه عن أن يوفر فى عقاره مكانا ملائما بديلا للمؤجر أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية، ولو أنه تخلى عنها بعد انتفاء حاجته إليها لعاد إليه الحق كاملا فى استعمال عقاره واستغلاله بالطريقة التى يراها.

وهكذا استخدمت المحكمة معيار الضرورة أو الحاجة للتوصل إلى أن القيود التى فرضها الشرع على المستأجر الذى يبنى عقارا على نحو ماسلف مبررة ولاشبهة فيها.

٢ - والمعيار الآنف هو الذى استخدمته المحكمة أيضا بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٣/٣/٢٠ (١٣٦) للتوصل إلى ماقتضت به من رفض الدعوى المرفوعة طعنا على دستوريه المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، والتى قصرت فقرتها الأولى سريان أحكام الباب الأول من القانون على عواصم المحافظات والبلاد المعتبرة مدنا بالتطبيق لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون الحكم المحلى والقوانين المعدلة له.

وذهبت المحكمة إلى أن الشرع لمواجهة أزمة الإسكان الحادة أصدر تشريعات استثنائية قصر سريانها أصلا على المدن بحيث لا تنطبق على القرى إلا استثناء وعلى ضوء الضرورة المرتبطة بأوضاعها وظروفها الخاصة ، وذلك خلافا للمدن التى أفصح الواقع العملى عن أن أزمة الإسكان واقعة فى نطاقها أصلا.

وهكذا فإن الضرورة هى التى بررت تلك القوانين الاستثنائية ، وهى التى بررت اختلاف معاملة المدن عن القرى، ومن ثم لا مجال للدعاء بمخالفة مبدأ المساواة

٣ - وقد انتقلت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٩٥/٧/٣ (١٣٧) إلى تطبيق معيار جديد مضافا إلى المعيار السالف ومحددا سلطة المشرع فى تقييد حق الملكية بالأ تؤولى إلى إثراء مستأجر العين وإفقار مالكيها.

وقد قضت المحكمة فى هذا الحكم بعدم دستورية المادة (٥) من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية ، فيما انطوت عليه من استثناء تنازل الطبيب أو ورثته من بعده عن حق إجارة العين المتخذة مقرا لعيادته الخاصة لطبيب مرخص له بمزاولة المهنة، من الخضوع لحكم المادة (٢٠) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وذهبت المحكمة إلى أن النص المطعون فيه، لم يلتزم بالقواعد التى تنظم التنازل بوجه عام، والتى تضمنتها المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ أنف البيان بل أسقطها بتمامها، ليمتنع على المالك بعد إذ الخيار بين حقين كفلتهما المادة ٢٠ من هذا القانون، هما أن يحصل على ٥٠٪ من مقابل التنازل إذا أراد إعمال آثاره أو أن يستعيد العين من مستأجرها بعد أداء تلك القيمة مع إنهاء العلاقة الإيجارية التى ارتبط بها فى شأنها.

وأكدت المحكمة أن ذلك يؤدي إلى حصول المستأجر على حقوق لايسوغها مركزه في مواجهة المؤجر مما يبعد إثراء للمستأجر وإفقارا للمالك، وتفضيل للمستأجرين من الأطباء على من عداهم من المستأجرين رغم تماثل مراكزهم القانونية مما يخالف مبدأ المساواة.

٤ - وبعد ذلك انتقلت المحكمة لتصب جام غضبها على المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، ولم يحدث في تاريخ المحكمة الدستورية العليا أو حتى المحكمة العليا الدستورية أن تعرضت مادة واحدة من مواد قانون ما لخمس أحكام موضوعية بعدم الدستورية يبطل كل حكم منها فقرة من فقراتها أو جزء منها والبقية تأتي. وكانت المحكمة قد قضت في حكمها الأول - السابق على الحكم المذكور في (٣) - والصادر بجلسته ١٨/٢/١٩٩٥⁽¹³⁸⁾ بعدم دستورية ما تضمنته المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من استمرار عقد إيجار المسكن - عند ترك المستأجر الأصلي له - لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة الذين أقاموا معه في العين المؤجرة مدة سنة سابقة على ترك العين أو مدة شغلها لها أيهما أقل.

ووفقا لذات الأسس أصدرت المحكمة حكمها الثالث بجلسته ١٦/١/١٩٩٧⁽¹³⁹⁾ بعدم دستورية ذات المادة والفقرة فيما تضمنته من استمرار عقد المسكن عند وفاة المستأجر الأصلي.

واعتبرت المحكمة أن ذلك النص يسمح لأقارب المستأجر تارك العين أو المتوفى - بالمصاهرة - بالتحايل لسلب حقوق المؤجر في ملكه ، مما يمثل تعديا على الملكية وإثراء لمستأجر العين وإفقارا للمالكها.

ووفقا لذات المنطق أصدرت المحكمة حكمها الخامس بعدم دستورية المد لأقارب المستأجر المتوفى⁽¹⁴⁰⁾ بالنسب.

ويلاحظ أنه حتى تاريخه لم تدل المحكمة بدلوها فيما يتعلق بأقرباء المستأجر نسبيا حال الترك ومن المتصور صدور هذا الحكم السادس بعدم الدستورية في أي وقت (141) .

وسوف نتناول بتحليل أكبر حكمي المحكمة الثاني والرابع المتعلقان بالفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ نظرا لأهميتهما الكبرى في مجال العلاقات الإيجارية ولرود الأفعال الكبيرة التي صاحبتهما، خاصة الأخير منهما .

١ - في الحكم الثاني الصادر بجلسته ١٩٩٦/٧/٦ قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٩⁽¹⁴²⁾، (143) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وذلك فيما نصت عليه من استمرار شركاء المستأجر الأصلي للعين التي كان يزاول فيها نشاطا تجاريا أو صناعيا أو مهنيا أو حرفيا في مباشرة ذات النشاط بها بعد تخلي هذا المستأجر عنها، ويسقط فقرتها الثالثة في مجال تطبيقها بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء .

واستخدمت المحكمة ذات المعيار المستخدم في ثالثا مؤكدة أنه لايجوز تقييد حق الملكية بما يجاوز الحدود المنطقية التي تقتضيها الوظيفة الاجتماعية للملكية ولا انحل الأمر إلى عنوان على الأموال، وانتهاج لثمارها أو منتجاتها أو ملحقاتها، أو كل ذلك جميعا، لتؤول الملكية عدما.

وفي توضيح لكيفية تجاوز النص المطعون فيه للحدود المنطقية وللتضامن بين مؤجر العين

ومستأجرها من الوجهة الاجتماعية أوضحت المحكمة العيوب التالية التي انتظمت :

أولا - إن النص يفترض لانتقال منفعة العين المؤجرة من مستأجرها الأصلي إلى شركائه في النشاط ذاته أن يكون هذا المستأجر قد تركها فعلا بعد قيام هذه الشركة، متخليا عن الاستمرار فيها لصالح هؤلاء الشركاء ، وكان ينبغي بالتالي أن يكون هذا التخلي مبررا لقيام حق المؤجر في طلب إخلائها، إلا أن المشرع رفض ذلك وقرر نقل منفعة العين المؤجرة إلى هؤلاء الشركاء إخلالا بحق الملكية .

ثانيا - إن النص لا يحول دون انتقال الإجارة من الشركاء - الذين آلت إليهم ذات حقوق المستأجر الأصلي - إلى من يشركونهم معهم بعد استعمالها، الأمر الذي من المتصور معه اطراد اتصال أجيال بالعين لإيفاقونها ، ومن ثم لا ترد لصاحبها أبدا ولو كان في أمس الحاجة إليها ، مما ينحدر بحقوق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية، ليعلو عليها مصالح المستأجر دون مسوغ.

ثالثا - إن النص يفتح أبوابا عريضة للتحايل بين المستأجر الأصلي والأغيار الذين يريدون الاستفادة من الإجارة، وذلك لعمل شركة صورية تستر عقتا حقيقيا يتغيا مستأجر العين الأصلي بمقتضاه - ومقابل عوض يختص به من دون المؤجر - لإحلال آخرين محله.

رابعا - إنه حتى لو فرض أن الشركة كانت حقيقية وليست صورية، فإن تخلي المستأجر الأصلي لايسوغ استمرار الإجارة لصالح الشركاء ، والدعوان على الملكية حسبا سبق ذكره (144).

ب - وفي الحكم الرابع الصادر بجلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ (145) قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالفة الذكر فيما نصت عليه من استمرار الإجارة التي عقدها المستأجر في شأن العين التي استأجرها لمزاولة نشاط حرفي أو تجاري لصالح ورثته بعد وفاته، وأسقطت المحكمة في الفقرة السابقة على المنطوق مباشرة الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) والتي تلزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم الحق في شغل العين، لارتباطها بالفقرة المقضى بعدم دستورتيتها، إذ لا يتصور تطبيقها، وقد غدا النص الذي تستند إليه لإعمالها - منعدما، وقد طبقت المحكمة ذات المعيار المستخدم في الحكم الثاني وهو عدم جواز تجاوز الحدود المنطقية لتنظيم حق الملكية، إذ اعتبرت المحكمة أن التجاوز يعتبر حينئذ أخذاً للملكية من أصحابها **taking of property** وضربت صورا لذلك مثل الدعوان عليها بما يفقدها قيمتها، أو اقتحامها ماديا، أو اقتلاع مزايها أو تهميزها بما يؤدي لسيطرة آخرين فعلا عليها، أو تعطيل بعض جوانبها.

وقد أكدت المحكمة أن الدعوان على الملكية يتمثل فيما يلي :

أولا - إن المشرع أثر بالنص المطعون فيه أن ينقل منفعة العين المستأجرة إلى ورثة المستأجر جملة وبدون قيد ، أو اعتداد بما إذا كان الورثة يباشرون في هذا المكان المهنة أو الحرفة ذاتها التي قام عليها مورثهم، أم كانوا يزاولون غيرها، وما إذا كانوا يعتمدون عليها كلية في معاشهم بوصفها موردا رئيسيا أو وحيدا لورثتهم، أم يفتشون إليها عرضا باعتبارها ثقل دخلا جانبيا مضافا إلى عملهم، يعملون فيها بأنفسهم استصحابا لمهنة أو حرفة مورثهم، أم ينيبون عنهم أغيارا في مباشرتها.

ثانيا - إن النص المطعون فيه يمكن الورثة من استلاب العين المؤجرة من خلال مكثهم فيها

واستغلالها في عين نشاطها السابق أو غيره، ثم من بعدهم إلى ورثتهم، ولايتحولون عنها إلا بعد انتهابهم من المؤجر مقابلاً لتركها، فإذا لم يبدل (معناها يدفع) ، صار المكان المؤجر إرثاً يختص هؤلاء بشماره دون وساطة من أحد، وهو ما يعدل انتزاع منافع الأعيان من ملاكها على وجه التأييد.

ثالثاً - إن النص المطعون فيه انحدر بحق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية واصطفى ورتبة المستأجر الأصلية بمعاملة تقضيلية تقدم المنفعة الجبلوية على مخاطر المفسد ودرء عواقبها، وتلحق بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش حال أن دفع المضرة أولى اتقاء لسوءاتها وشرورها.

وقد أحدث الحكم المذكور زلزالاً رهيباً لأنه يواجه بالمرصاد مصالح استقرت بالباطل منذ سنين عدداً.

وفي تعليق لمحكمة النقض على الحكم الآنف - في حكمها في الطعن رقم ٣٧٠٥ لسنة ١٩٦٦ ق - ذهبت إلى أن صدور حكم المحكمة الدستورية العليا السالف يقتصر أثره على أن يصبح النص محله (م ٢/٢٩ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧) عدماً غير صالح لأن ينتج أثراً فتبقى العلاقات والوقائع والروابط والحالات التي نشأت في ظلّه محكمة بغيره من القوانين السارية في تاريخ نشأتها.

ولما كان ذلك وكان هذا الحكم لايمس ما هو مقرر بالتشريعات الاستثنائية لإيجار الأماكن منذ بدء صدورهما من عدم انتهاء عقد إيجار الأماكن بانتهاء مدته، وكانت هذه التشريعات قبل القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد خلت من بيان المستفيد من عقد إيجار الأماكن المؤجرة لنشاط تجارى أو حرفى بعد وفاة المستأجر فأعادها الحكم بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٩ إلى ماكانت عليه، وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا خلا تشريع إيجار الأماكن من بيان حالة معينة تعين الرجوع إلى أحكام القانون المدنى باعتبارها القواعد العامة المنظمة لعقد الإيجار.

ومضاف نص المادتين (٦٠١) (١٤٧) من القانون المدنى اللتين اتخذت منهما المحكمة الدستورية ركيّة لقضائهما سالف الذكر - يدل على أن المشرع جعل القاعدة هي أن موت أحد المتعاقدين فى عقد الإيجار لاينهي، بل تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى الورثة ، لأن الأصل فى العقود المالية والإيجار منها، أنها لا تبرم عادة لاعتبارات شخصية .

فإذا كان الإيجار لم يعقد خلافاً للأصل إلا بسبب حرفه المستأجر أو إذا كان الإيجار لم يبرم إلا لاعتبارات شخصية روعيت فيه ، فإن الإيجار لاينتهى هنا أيضاً بقوة القانون.

وإذا كان نص المادة ٦٠٢ من القانون المدنى يفيد بحسب الظاهر أن طلب الإنهاء مقرر لكل من المؤجر وورثة المستأجر، إلا أنه استهدأ بالحكمة التى أملتة فإن طلب الإنهاء مخول لورثة المستأجر دون المؤجر متى كان عقد إيجار المكان لم يبرم إلا بسبب حرفة المستأجر.

وهكذا يظهر من الحكم السالف أن محكمة النقض تعترض على ماورد بأسباب حكم المحكمة الدستورية العليا من أن موت المستأجر يعتبر وفقاً لنص المادة (٦٠٢) من القانون المدنى، عذراً طارئاً يسوغ إنهاء الإيجار ، وليس لوارث أن يعقبه فيها، ولو كانت له حرفة المورث، بل يتعين إذا أراد الاستمرار فى مزاولتها فى المكان المؤجر، أن يكون ذلك بعقد إيجار جديد بينه وبين المؤجر.

ونرى أن موقف محكمة النقض غير مبرر بحسبان أن حكم المحكمة الدستورية العليا بما انطوى عليه من أسباب مرتبطة بالمنطوق ملزم لكافة الجهات تطبيقاً لنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ويفرض أن الفقرة المتعلقة بشرح المادة ٦٠٢ من القانون المدني غير مرتبطة ارتباطاً جوهرياً بالمنطوق فقد كان على محكمة النقض أن تفسر النص وفقاً لما ارتأته المحكمة الدستورية العليا أو على الأقل تحيله هو ونص المادة ٦٠١ من القانون المدني للبحث في دستوريته عن طريق المحكمة الدستورية العليا.

وفي جميع الأحوال فقد كان أضعف الإيمان أن تنتظر محكمة النقض قليلاً حتى يصدر المشرع القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بشأن تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ حتى يوضح المشرع موقفه من الأمر.

وقد اعترض الفقه على حكم المحكمة الدستورية سالف الذكر أيضاً ووصل الأمر بالفقيه د / سمير تناغو (١٤٨) إلى التأكيد على أنه « لاشك أن هناك خطأ ما في النظام القانوني المصري، فأتين نحن من القانون الفرنسي الذي تنص المادة ١٢٧ من قانون العقوبات فيه على معاقبة القضاة إن تدخلوا في أعمال السلطة التشريعية سواء كان ذلك بتعطيل القوانين أو وقفها أو مداولة في شأن نفاذها من عدمه.

أما في مصر فإن المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم بالجريدة الرسمية ، وبهذا النص تصبح جميع التشريعات التي يصدرها مجلس الشعب قرارات إدارية تخضع لرقابة الإلغاء من المحكمة الدستورية العليا. ورأى المستشار محمد عزى البكري^(١٤٩) أن القواعد العامة في التقنين المدني المنصوص عليها بالمادتين (٦٠١، ٦٠٢) تعطل آثار هذا الحكم ، لأن مقتضى هاتين المادتين أن الإيجار لاينتهي بموت المستأجر، وإنما ينتقل بوفاته إلى ورثته ولايستثنى من ذلك سوى ما أجازته المادة (٦٠٢) للمؤجر من طلب إنهاء الإيجار. إذا كان الإيجار لم يعقد إلا لاعتبارات تتعلق بشخص المستأجر ، وأن هذا الحكم يسرى ولو توفي المستأجر خلال فترة الامتداد القانوني لعقد الإيجار ولانتهق مع الرأي الأنف فيما راه من أن الإيجار لاينتهي بوفاته المستأجر، حيث إن المادة (٦٠١) من القانون المدني وضعت سنة ١٩٤٨ في فترة كانت المبادئ الرأسمالية هي الغالبة ولم يكن ثمة تفكير في تطبيق المبادئ الاشتراكية ومنها مايتعلق بتأييد العقود.

ولما كانت المادة (٥٥٨) مدني تنص على أن « الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين ولدة محددة لقاء أجر معلوم». فمن ثم يبين أن المدة هي أحد أركان عقد الإيجار الأساسية، وقد استقر الفقه والقضاء على أن الغرض من عقد الإيجار هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالشئ المؤجر مدة معينة يلتزم بعدها برده إلى مالكه. فالإيجار بطبيعته عقد مؤقت لايدخل المستأجر منفعة الشئ إلا لفترة محددة، ومن ثم فإن تأييد الانتفاع بالشئ يتنافى مع عقد الإيجار.

وإذا لم يتراض المتعاقدان على المدة لم ينعقد العقد.

وتفسير مانصت عليه المادة (٦٠١) من القانون المدني بأن الإيجار لاينتهي بموت المؤجر ولايموت المستأجر هو تلك الحالة التي يتفق المتعاقدان فيها على مدة معينة ويموت أحدهما قبل انقضاءها.

وهكذا إذا كانت مدة العقد عشر سنوات مثلاً ومات المستأجر بعد خمس منها فإنه يحق لورثة المستأجر الاستمرار في العقد لتكملة الخمس سنوات الأخرى مع مراعاة حكم الفقرة (٢) من المادة

(٦٠١) سאלفة الذكر . وإذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة اعتبر الإيجار منعقدا للمدة المعينة لدفع الأجرة وذلك تطبيقا للمادة (٥٦٣ هـ من القانون المدني) (150).

وهكذا يبين مما سلف أن المحكمة الدستورية العليا لم يساورها شك في أن قواعد القانون المدني تلفظ التأييد ولو أمنت بغير ذلك لتصلت بنفسها لما يؤيد التأييد من نصوص تنطبق على النزاع وأبطلتها.

ويؤكد كل ذلك ويحسمه أن القانون الجديد رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ والذي أعاد تطبيق أحكام القانون المدني على العلاقات الإيجارية محله، قصد من ذلك إلغاء تأييد الإجارة والعودة إلى توقيتها.

ونظرا لكثرة الاعتراض على الحكم على صفحات الجرائد قبل صدور القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧، نبه الدكتور/ يحيى (151) الجمل إلى خطورة هذا الأمر بحسبان أن هذه التعليقات على هذا الحكم وغيره تمت على نحو لا يبرعى وقار ذلك الصرح الكبير الذي استطاع أن يرسى أسسا للشرعية الدستورية نفاخر به المحاكم الدستورية في العالم كله.

وقد رأى سيادته أن التعليقات اللاذعة سألقة الذكر كانت على مذهب « إنما يحمد السوق من ربح » وهو مذهب إذا جاز في « البورصة » وفي المعاملات التجارية فإنه غير مقبول ولا مبرر بالنسبة لأحكام المحكمة الدستورية العليا، ودعى سيادته - حقا - إلى أن يكون النقد في المجالات العلمية المتخصصة فقط.

ويسرعة أصدر المشرع القانون المنتظر حسما للأمر ومنعا من البلبلة.

وكان إصدار هذا القانون تنفيذا للتوجيه الوارد بذات الحكم وذلك بحسبان أن الحكم لم يمنع امتداد الإجارة للورثة بصفة مطلقة، وإنما أجاز مدها في حدود وضوابط معينة، تتمثل في أن يترسم ذلك النص الضوابط التي تتوازن من خلالها العلائق الإيجارية بما يكون كافلا لمصالح أطرافها غير مؤد إلى تنافرها ، ليقمها على قاعدة التضامن الاجتماعي التي أرسنها المادة (٧) من الدستور.

وقد اشتمل القانون الجديد رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ (152) بشأن تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على خمس مواد.

وقد حذف القانون حكم انتقال الإيجار إلى الشريك في حالة ترك المستأجر العين، وقضى على تعاقب الورثة على استعمال العين المؤجرة دون نهاية مما كان يجعل عقد الإيجار مؤيدا ، ووضع ضوابط لاستمرار عقد الإيجار لورثة المستأجر. ونرى أن المشرع قد خان التوفيق بالنسبة للمادة الثانية من القانون والتي أقامت استثناء من أحكام المادة الأولى مدت به عقد الإيجار لورثة المستأجر الأصلي بالشروط الآتية :

١ - أن يشغل العين المؤجرة وارث للمستأجر الأصلي تجاوز قرابته له الدرجة الثانية كالعالم أو الخال أو ابن العم أو ابن الخال.

٢ - أن يكون شغل العين في تاريخ نشر القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بالجريدة الرسمية أي بتاريخ ١٩٩٧/٣/٢٦.

٢ - أن يكون شغل الوارث للعين مستندا إلى حقه في البقاء بها طبقا للفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قبل تعديلها.

٤ - أن يكون الوارث قد استعمل العين في ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي .

ويرى د/ جلال إبراهيم (١53) - حقا - أن هذه المادة معيبة إذ أي حق سابق تقصده هذه المادة ؟ هل تقصد الحق الذي كان الشخص يستمده من نص المادة ٢٩/٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ؟ إذا كان الأمر كذلك - وهو الأرجح - فإن هذه المادة لامجال لتطبيقها لأن هذا الحق الذي يتصور وجوده قد زال كآثر لحكم المحكمة الدستورية العليا ، ومن ثم فإن وريثة المستأجر الذين تجاوز قرابتهم له الدرجة الثانية لم يكن لهم في الماضي ولا وقت نشر القانون أي حق في البقاء في العين ، أي يتخلف بشأنهم الشرط الجوهرى الذى يتطلبه القانون لإمكان استقائتهم من حكمه.

ويضاف إلى ذلك أن هؤلاء الأشخاص لما كان ليس لهم أى حق في البقاء في العين وقت نشر القانون (بتاريخ ١٩٩٧/٣/٢٦) استنادا إلى أحكام المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، فإنهم أيضا - وبالبداية - ليس لهم هذا الحق في هذا الوقت ، استنادا لأحكام القانون الحالى رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ لأن الحق الممنوح لهم بمقتضاه لن يتولد لهم إلا بفعل أثره المباشر أو الفورى ، أى من اليوم التالى لتاريخ نشره، وذلك لأن المشرع لم يجعل لهذه المادة أثرا رجعى يترد إلى تاريخ نفاذ القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - مثلما فعل بالنسبة للفقرة الأولى من المادة الأولى - .

وخلاصة الأمر أنه لابد من تدخل تشريعى يحقق الأثر الرجعى على نحو ماسلف إذا كان المشرع يستهدف حقا مراعاة البعد الاجتماعى والحفاظ على استقرار الأوضاع الاقتصادية خاصة وأن عدد الوحدات القائمة التى شملها تطبيق القانون ٧٧٦ (١54) ألف وحدة ايجارية وكل منها يمثل نشاط أسرة بأكملها أى مايقرب من ٣ مليون مواطن، ومن المتصور أن نص المادة الثانية المعيب سيستفيد منه مئات الآلاف من المواطنين ، إذا نص على الأثر الرجعى .

المطلب الرابع

تحليل أحكام المحكمة المرتبطة باقتصاد الدولة

سوف نكتفى فى هذا الشأن بحكمين حديثين قضت فيهما المحكمة برفض الدعوى ولو أخذت المحكمة اتجاهها مغايرا لحدثت كارثة اقتصادية بكل المفاهيم.

١ - فى الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٧/٢/١ (١55) قضت المحكمة برفض الدعوى التى رفعها أحد العاملين بشركة قطاع عام كان قد أصير فى دخله نتيجة الخصخصة، قطعن على قانون شركات قطاع الأعمال رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٩١ بصفة أصلية بطلانه من الناحية الشكلية لعدم عرض مشروع هذا القانون على مجلس الشورى بالمخالفة لنص المادة ١٩٤ والفقرة الثانية من المادة ١٩٥ من الدستور ، ويصفه احتياطية بعدم دستوريته فى جملة الأحكام التى تضمنها باعتبار أن الأغراض التى استهدفها منافية لنص المادة (٢٠) من الدستور التى تمنح القطاع العام دورا تقدما يتحمل به المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية ، ويقود خطاها فى مختلف مجالاتها، بيد أن القانون المطعون فيه أجاز بنص المادة (٢٠) تداول أسهم وحدات هذا القطاع ، وهو مايعنى فصل ملكيتها إلى القطاع

الخاص، وزوال السيطرة الشعبية عليها ووجود نوع من الاقتصاد المختلط فتتعاكس به الحدود الفاصلة بين صور الملكية التي حددها الدستور ، وفي الصادرة منها الملكية العامة التي كفل حرمتها وجعل حمايتها ودعمها واجبا وطنيا على ماتنص عليه مادته الثالثة و الثلاثون.

وقد رفضت المحكمة المناعى الشكلية بحسبانها سبق أن بحثتها قبل أن تصدر حكمها بعدم الدستورية في القضيتين (156) رقمي ١٧ لسنة ١٤ ق ، ٢٠ لسنة ١٦ق دستورية.

وعن المناعى الموضوعية - وهي ما يهمننا حقيقة في هذا الموضوع - ذهبت المحكمة الى رفضها تأسيسا على مايلي :

أولا - إن النصوص الدستورية لايجوز تفسيرها باعتبارها حلا نهائيا ودائما لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقاقتها ، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بألية عمياء إلا حرجا في البحر، بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسيا واقتصاديا.

ثانيا - إن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها ، يعارض تطويعها لأفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلا لها، بل حائلا دون ضمانها.

ثالثا - إن الاستثمار بمختلف صوره - العام منه والخاص - ليس إلا أموالا تتدفق وسواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص، فإنها تتكامل فيما بينها ويعتبر تجميعها لازما لضمان قاعدة إنتاجية أعمق وأعمق، وماتنص عليه المادة (٢٩) من الدستور من أشكال للملكية تتقدمها الملكية العامة، وتقوم إلى جانبها الملكية التعاونية والملكية الخاصة، ليس إلا توزيعا للدوار فيما بينها لايجول دون تساندها وخضوعها جميعا لرقابة الشعب .

رابعا - إن الاستثمارين العام والخاص شريكان متكاملان ، فلايتزاحمان أو يتعارضان أو يتفرقان، بل يتولى كل منهما مهامها يكون مؤهلا لهاوأقدر عليها ، وإن جاز القول بأن الاستثمار العام يؤثر قدرة المواطنين ويقظتهم وتميزهم ، وعلى الأخص من خلال نقل التكنولوجيا وتطويعها وتعميمها.

وهكذا لم تجد المحكمة إلزاما دستوريا باتخاذ الاستثمار شكل وحدة اقتصادية تنشئها الدولة أو توسعها، ولا إلزام بإبقائها كلما كان تعثرها باديا، أو كانت الأموال الموظفة فيها لاتغل عائدا مجزيا، أو كان بيعها للقطاع الخاص يمثل إعادة تشغيل لها على نحو أفضل.

وهكذا يبدو جليا أن بيع أسهم شركات قطاع الأعمال العام للقطاع الخاص لايمثل ردة عن الدور الرائد للاستثمار العام، الذي لازالت الحاجة إليه في المشروعات العملاقة كتوشكا مثلا.

٢ - وفي الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ (157) قضت المحكمة برفض الدعوى التي تنعى على سلطة البنك المركزي في حجب توزيع الأرباح حال وجود نقص في المخصصات واجبة التكوين.

وتخلص الوقائع في أن الجمعية التعاونية للإنتاجية لنقل البضائع بمحافظة الغربية - المدعية - كانت قد اكتتبت بعدد من الأسهم في رأس مال بنك الغربية الوطني للتنمية ، وقد قررت الجمعية العمومية غير العادية للبنك المذكور والبنك الوطني للتنمية دمج البنك الأول في الثاني .

وحدث أن البنك الأخير لم يقم بتوزيع أرباح على مساهمي البنك الأول استنادا إلى قرار صادر من البنك المركزي في هذا الشأن ، وطعنن الجمعية المدعية في دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ٢٦

من قانون البنوك والائتمان الصادر بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٧ - والمعدل بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٢، والتي تسمح للبنك المركزي المصري أن يصدر خلال شهر من تاريخ استلامه صورة من تقرير مراقب الحسابات قرارا بعدم توزيع أرباح على المساهمين إذا ما تبين وجود نقص في المخصصات، ولما وصلت القضية للمحكمة الدستورية أصدرت حكمها المذكور تأسيسا على مايلي :-

أولا - إن غاية النص المطعون فيه حمل البنوك جميعا على أن تكون مراكزها المالية مطابقة لحقيقتها توفيا لتلك المخاطر التي قدر شهورها وإضرارها بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية والسلطة المخولة للبنك المركزي هي لضمان سلامة سوق النقد والمال .

ثانيا - إن القرار الذي يصدره مجلس إدارة البنك المركزي استنادا إلى النص المطعون فيه يجب أن يكون له أسسه الموضوعية فإن تخلفت جاز الطعن عليه أمام القضاء.

ثالثا - إن النص المطعون فيه ليس مبهما أو متخفيا على حد قول الجمعية المدعية، بل هو أحد الوسائل التي يملكها البنك المركزي في توجيه الائتمان ومراقبة الهيئات المصرفية بما يكفل سلامة مركزها المالي، واتخاذ التدابير المناسبة لمكافحة الاضطرابات الاقتصادية أو المالية ماكان منها عاما أو محليا.

رابعا - إن النص المطعون فيه لا يخالف نص المادة (٤) من الدستور والتي تقرر أن الأساس الاقتصادي لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكي ، إذ ذلك النظام ظل مرتبطا بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية التي يدعمها النظام المصرفي تحت رقابة البنك المركزي الضامن لفاعليته.

خامسا - إن السلطة التي باشرها البنك المركزي وفقا للنص المطعون فيه لاتعنى استثنائه بالأرباح التي قرر عدم الاعتداد بتحقيقها.

سادسا - إن النص المطعون فيه لا يخل بمبدأ المساواة بين المودعين والمساهمين إذ يستمد المودعون حقوقهم من العقد بينما يستمد المساهمون حقوقهم من القانون، ومن ثم فمركز المودع لا يتكافأ قانونا مع مركز المساهم.

المطلب الخامس

رأينا في الموضوع

لاجدال في أن المحكمة الدستورية قد سمعت في المجال الاقتصادي إلى الحدود القصوى منشطة إياه ورادة الحقوق إلى أصحابها. دون إخلال بحق النولة في التدخل كلما كان ذلك متطلبا وضروريا. وبالنسبة للضرائب فقد أوضحت المحكمة حدود فرضها محافظة في ذلك على الضوابط الدستورية الخاصة بها.

وكما رأينا حمت المحكمة حق الملكية ورفضت بكل قوة أن يكون التعويض عن الأملاك المسلوية رمزيا أو مسقوفا بحدود.

وفي مجال الإسكان والعلاقات الإيجارية استطاعت المحكمة عن طريق مجموعة من الأحكام المتوالية أن تبطل معظم النصوص التي تسعى بالباطل إلى إفقار المالك وإثراء المستأجر.

وعلى أثر جهود المحكمة المتميزة في هذا المجال، أصدر المشرع - بعد سبات عميق - القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام القوانين الإيجارية.

ورغم تحفظنا على ماورد بهذا القانون - على النحو السالف - إلا أن القدر المتيقن هو أن الأمور تحركت في صوبها الصحيح ، خاصة فيما يتعلق بزيادة الأجرة. وقد هدف هذا القانون - وحسبما توضح مذكرته الإيضاحية - إلى تحقيق المساواة بين الأنشطة المتنوعة حرفية كانت أو تجارية أو صناعية أو مهنية، وكذا إلى استقرارها - لئلاها من أبلغ الأثر على الأوضاع الاقتصادية في البلاد - ومراعاة البعد الاجتماعي ووصولاً إلى قدر مقبول من التوازن في العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

ولاشك أن للمحكمة كل الفضل فيما حدث، ولولا تدخلها لما تغيرت الأوضاع ولما زادت أجرة تلك الأماكن بالصورة التي زادت بها، إذ حرص المشرع على تقرير زيادة سنوية مقدارها ١٠٪ بصفة دورية لمجابهة التضخم .

وبقى أن يتدخل المشرع دون انتظار أحكام المحكمة ليعدل مما شذ في العلاقات الإيجارية الأخرى ليعيدها إلى نصابها الصحيح ، بحسبان أنه لا تقدم بدون اعتدال الموازين.

ولقد كان فهم المحكمة لدور الدولة في المجال الاقتصادي متميزاً ، فهي في حكم الخصخصة تؤيدها، ولو لفظتها المحكمة لحدثت كارثة اقتصادية، إذ ستصبح البيوع التي تمت لشركات قطاع الأعمال العام باطلة، مما كان سيسبب مشاكل كبيرة ، إضافة إلى أن وقف قطار الخصخصة اللازم لدفع عجلة التنمية فيه ردة إلى الوراء وضرباً لسوق المال في مقتل وكذا الاستثمار الأجنبي.

ولنا أن نتساءل كيف كان سيق المستثمر الأجنبي في ظروف الاستثمار في مصر لو صدر حكم معاكس ؟ ، وكيف كنا سنصل لنسبة النمو المطلوبة في الاقتصاد القومي ؟.

ولاشك أن المحكمة في هذا الحكم استفادت كثيراً مما حدث لمحكمة روزفلت عندما حاولت أن تفرض نظرية اقتصادية معينة.

واعترافاً بضرورة الحفاظ على دور الدولة - ممثلة في بنكها المركزي- حافظت المحكمة على سلطة البنك المركزي، إذ إن العودة إلى اقتصاد السوق في ظل ظروف العرض والطلب والحفاظ على سوق المال والاستثمار الأجنبي لايعنى أن تكون الحرية إلى منتهاها ، وإنما لابد أن تراقب الدولة وتشرف في حدود معينة منعاً من حدوث كوارث اقتصادية كما حدث في سوق المناخ بالكويت وماحدث في المكسيك.

وإذا كان مقبولاً انهيار شركة ما، فإن انهيار بنك يعد أمراً غير مقبول بالمرّة ، فإذا لم يأمن الناس على ودائهم بالبنوك فذلك هو الطامة الكبرى، لذا كان لابد أن يكون البنك المركزي هو عين الدولة الساهرة على مراقبة وسلامة النظام المصرفي.

ومن ثم كان دقيقاً تماماً تلك الرؤية التي رأت بها المحكمة البنك المركزي والتي عبرت عنها بحكمها من أنه يعتبر بنكاً لبنوكها جميعاً، يمد لها يد العون مواجهها اضطراباتها الاقتصادية، موقراً لها مايلزمها من الأرصدة النقدية الحاضرة مع وضعها تحت تصرفها، مباشراً سلطاناً فعلياً على أرصدها وقدرتها على خلق الائتمان، وعلى عمليات المقاصة فيما بينها، مخففاً عنها حدة ضائقتها ابتقاء الحفاظ على سيولة النظام الائتماني ومرونته.

وهكذا نجد من المحكمة توفيقاً فذاً في أدائها الاقتصادي فهي تبطل الطالع من النصوص الاقتصادية وتبقى الصالح منها، ساعية بكل ماتملكه من طاقة نحو غد أفضل لمستقبل وطننا الاقتصادي.

المبحث الثالث

مجال الحقوق الجنائية

تمهيد :

إن الحقوق الجنائية لا يتم الحفاظ عليها إلا بمجموعة من الضوابط اللازمة لتحقيق المحاكمة المنصفة العادلة ، وتلك الضوابط عبارة عن نظام متكامل يتوخى بأسسه صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية ويحول بضماناته نوب إنساء استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها ، انطلاقاً من إيمان الأمم المتحدة بحزمة الحياة الخاصة وبوطاة القيود التي تنال من الحرية الشخصية، ولضمان تقيد الدولة عند مباشرتها لسلطاتها في مجال فرض العقوبة بالأغراض النهائية للقوانين العقابية التي ينافيها أن تكون إدانة المتهم هدفاً مقصوداً لذاته، وعلى ذلك يجب الالتزام بمجموعة من القيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها (158).

وقد كفل الدستور في مادته السابعة والستين الحق في المحاكمة المنصفة بما تنص عليه تلك المادة من أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وهو حق نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته العاشرة والحادية عشرة التي تقر أولاً أن لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة علنية، ومنصفة ، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة . وتردد ثانيتهما في فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إليه تهمة جنائية ، في أن تفترض برأته إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه.

وهذه الفقرة هي التي تستمد منها المادة ٦٧ من الدستور أصلها، وهي تردد قاعدة استقرار العمل على تطبيقها في الدول الديمقراطية، وتقع في إطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوماً للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها في الدول المتحضرة. وهي بذلك تتصل بتشكيل المحاكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية، كما أنها تعتبر في نطاق الاتهام الجنائي وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي قضى الدستور في المادة (٤١) بأنها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه.

ولا يجوز بالتالي تفسير هذه القاعدة تفسيراً ضيقاً، إذ هي ضمان مبدئي لرد العنوان عن حقوق المواطن وحرياته الأساسية ، وهي تكفل تمتعه بها في إطار من الفرص المتكافئة ، ولأن نطاقها لا يقتصر على الاتهام الجنائي، وإنما يمتد إلى كل دعوى ولو كانت الحقوق الماثرة فيها من طبيعة مدنية ، إلا أن المحاكمة المنصفة تعتبر أكثر لزوماً في الدعوى الجنائية وذلك أي كانت طبيعة الجريمة وبغض النظر عن درجة خطورتها (159).

وتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة في عدة مبادئ سوف ندرس كل مبدأ منها في مطلب مستقل.

المطلب الأول

افتراض البراءة

افتراض البراءة وحسبما أكدته المحكمة لا يتمخض عن قرينة قانونية، ولا هو من صورها، ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحويل الإثبات من محله الأصلي - ممثلاً في الواقعة مصدر الحق المدعى به - إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها، وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افترضها الدستور فليس ثمة واقعة أحلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلاً عنها.

وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها فلقد ولد حراً مبرأ من الخطيئة أو المعصية، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامناً فيه، مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال، إلى أن تنقض محكمة الموضوع بقضاء جازم لارجعة فيه هذا الافتراض، على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان مطلباً فيها، وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة، إذ هو من الركائز التي يستند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور.

ثم عادت المحكمة لتؤكد أهمية افتراض البراءة فقررت أنه يعكس قاعدة مبدئية تعتبر في ذاتها مستعصية على الجدل، واضحة ووضوح الحقيقة ذاتها، تقتضيها الشرعية الإجرائية، ويعتبر إنفاذها مفترضاً أولاً لإدارة العدالة الجنائية ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، وليوفر من خلالها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتحامل، بما يحول دون اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة ثابتة بغير دليل، وبما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقرينة قانونية ينشئها (160).

وفي تطبيق للمبدأ السالف ذهب المحكمة بحكمها الصادر بجلسته ١٩٩٢/٢/٢ (161) إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (١٢١) من قانون الجمارك والتي افترضت العلم بالتهريب إذا لم يقدم من وجدت في حيازته البضائع بقصد الاتجار المستندات الدالة على أنها قد سددت عنها الضرائب الجمركية.

وقد أكدت المحكمة أن الواقعة البديلة التي اختارها المشرع وهي عدم تقديم المستندات لاترشح في الأعم الأغلب من الأحوال لاعتبار واقعة العلم بالتهريب ثابتة بحكم القانون إذ لا تربطها بها علاقة منطقية، الأمر الذي مؤداه غدو قرينة العلم بالتهريب غير مرتكزة على أسس موضوعية ومقحمة لإهدار افتراض البراءة ومجاورة لضوابط المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور في صلبه.

وقد طبقت المحكمة ذات المبدأ بحكمها الصادر بجلسته ١٩٩٥/٥/٢٠ (162) والذي قضت فيه بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من البند (١) من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش، والتي كانت تعاقب على الغش والشروع فيه بالنسبة للأغذية والعقاقير والحاصلات ويتقترض العلم بالغش أو الفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الجائلين، وذهبت المحكمة إلى أن هذا النص يجعل النيابة غير مكلفة بإقامة الدليل على العلم، وغداً فغياً عيناً ملقياً على عاتق المتهم مثلاً هو الشأن في القرائن القانونية، ولا ترشح الواقعة البديلة التي اختارها

النص المطعون فيه - في الأعم الأغلب من الأحوال- لاعتبار واقعة العلم بغش السلعة أو فسادها ثابتة بحكم القانون، ولارتبطها علاقة منطقية بها، وتغدو هذه القرينة بالتالي مقحمة لإهدار افتراض البراءة، ومفتقرة إلى أسسها الموضوعية، ومجاوزه لضوابط المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور.

وجريا وراء ذات السياق قضت المحكمة بجلسة ١٦/١١/١٩٩٦ بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ والتي نصت على أنه يعتبر مخالفا - مما يستوجب توقيع العقوبة الجنائية - كل من يملك أو يحوز أو يشتري أو يبيع أثرية متخلفة عن تجريف الأرض الزراعية أو ينزل عنها بنية صفة أو يتدخل بصفته وسيطا في شيء من ذلك، ويستعملها في أي غرض إلا إذا أثبت أن التجريف كان صادرا طبقا لأحكام المادة ١٥٠ من القانون أي بقصد تحسينها زراعيًا أو المحافظة على خصوصيتها.

وقد ذهبت المحكمة إلى أن النص المطعون فيه أدخل بالوسائل الإجرائية التي تعتبر وثيقة الصلة بالحق في الدفاع والتي تقتزن دائما بافتراض براءة المتهم من التهمة الجنائية .

وتمثل الإخلال - من وجهة نظر المحكمة - في أن النص المقضي بعدم دستوريته افترض توافر القصد الجنائي في شأن الحائز لأثرية أرض زراعية متخلفة عن تجريفها حال أن هذا القصد يعتبر أحد أركان هذه الجريمة، التي تلتزم النية العامة بإثباتها في كل مكوناتها، وكان هذا الافتراض يناقض أصل البراءة ويجرده من محتواه عملا، وينقل إلى المتهم عبء نفيه على خلاف الأصل.

وذهبت المحكمة في حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٣/١/٢ (١٦٣) إلى أن محض أصل البراءة يغدو ممتنعا بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الإقناعية - في مجال ثبوت التهمة - مبلغ الجزم واليقين بما لايدع مجالا معقولا لشبهة انتفاؤها ويشترط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم استنفذ طرق الطعن فيه وصار باتا.

ومن حيث إن المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم نص في المادة (٥) منه على أن للاشتباه صورتين يمثل الاشتهار إحداها وتفصح عن إحداها سوابق متعددة مردها إلى أحكام إدانة سابقة، فلقد رأت المحكمة أن الاشتهار والذي يقوم بالأقوال والسوابق والتقارير - يقصر عن أن يكون من الأفعال التي يجوز تجريمها، إذ يتناقض ذلك مع افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه إلى أن تخلص المحكمة إلى إدانته بصفة باتة بعد اقتناعها بالأدلة الكافية التي نسبها النيابة العامة إليه باعتبارها ركنا ماديا في الجريمة. ولا كذلك الاشتهار، إذ لايدول إلى فعل محدد يكون مادة الجريمة أو موضوعها. وإنما يقوم على مجرد حالة لاتنشئها أو تتصل بها أفعال مادية قام الدليل عليها يعبر بها الجاني عن إرادته الواعية الجازمة، متوسلا بها إلى بلوغ النتيجة الإجرامية التي يبتغيها.

وبالنسبة للصورة الأخرى للاشتباه والتي تقوم في جوهرها على أحكام إدانة سابقة فقد رأت المحكمة أن الاشتباه يظل حين إذ جريمة بلا سلوك، واعتبرت أن ذلك يعد عقابا للشخص على الفعل الواحد أكثر من مرة مما يخالف الوسائل القانونية السليمة .

ونرى أن هذا المبدأ الأخير هو فرع من افتراض البراءة إذ إن معاقبة الشخص عن الفعل الواحد مرة واحدة يرد إليه أصل البراءة المفترض فيه، مما يؤدي لوقوف هذا المبدأ بالمرصاد لكل محاولة تالية للعقاب على ذات الفعل.

وطبقت المحكمة ذات المبدأ السابق في حكمها بـ ١٩٩٦/٦/١٥ (١٦٤) والذي قضت فيه بعدم دستورية نص المادة ٤٨ مكرر من القانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات، والتي نص فيها المشرع على تدابير معينة تحكم بها المحكمة الجزئية على كل من سبق الحكم عليه أكثر من مرة أو اتهم لأسباب جدية أكثر من مرة في إحدى الجنايات المنصوص عليها في ذلك القانون، بحسبان أن الجريمة المحتملة التي لم يرتكبها المتهم بعد، هي التي أراد المشرع توقيفها من خلال تلك التدابير.

وذهبت المحكمة إلى أنه لا دليل على قيام علاقة حتمية بين انغماس الشخص في جرائم سابقة، وبين ترديده في حمايتها والعودة إليها من جديد، وكان مما يناقض افتراض البراءة أن يدان الشخص لا عن جريمة أتاها وتتحدد عقوبتها بالنظر إلى جسامتها - بل بناء على محض افتراء بالإيقال في الإجراء لا يترد المذنبون عنه أبداً، بل هم إليه منصرفون ييغونها عوجاً.

وذهبت المحكمة إلى أنه لا ينبغي أن يقرر المشرع - بالنص المطعون فيه - عقاباً أكثر من مرة عن فعل واحد بعد أن اكتمل القصاص في شأن الجرائم السابقة جميعها ، وبون جريمة جديدة يدعى وقوعها.

وجرياً وراء ذات منطق الحكم المشار إليه الذي يتطلب نوعاً من الجزم واليقين توصف به الأدلة التي تنقض أصل البراءة ذهب الحكم بحكمها الصادر بـ ١٩٩٦/١٠/٥ (١٦٥) إلى عدم دستورية نص المادة ٢٠٨ مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية والتي تجيز للنائب العام إذا قامت دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وغيرها من الجرائم التي تقع على الأموال المملوكة للحكومة أو الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لهما من الأشخاص العامة، أن يأمر ضماناً لتنفيذ ما عسى أن يقضي به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، بمنع المتهم من التصرف في أمواله أو إدارتها أو غير ذلك من الإجراءات التحفظية.

وقد أكدت المحكمة أن مناط فرض القيود التي تضمنها النص السالف لا يرتبط حتى بصنوع اتهام محدد في شأن شخص بعينه ، بل مبناها قيام دلائل كافية من التحقيق على رجحان اتهامه بإحدى الجرائم التي حددها ، وكانت هذه الدلائل لا تلتبس بقوة الأمر المقضي ، ولا تأخذ مجراه في شأن هؤلاء المتهمين، ولا تعتبر بالتالي حكماً لارجوع فيه يدينهم عنها، ومن ثم فإن التمييز بينهم وبين غيرهم - وعلى غير سند من الدستور - وأصل البراءة يجمعهم - يكون منافياً لحكم العقل unreasonable ظاهر التحكم palpably arbitrary ومخالفاً بالتالي لحكم المادة ٤٠.

وهكذا نستطيع أن نقول إن المحكمة خرّجت الأمر في هذا الحكم تخريجاً جديداً حيث وصلت إلى القضاء بعدم الدستورية تأسيساً على أنه طالما أن الدلائل التي يستقل النائب العام بتقديرها ليس لها قوة اليقين القضائي، فإنه لا محل للتمييز بين الأشخاص محل المادة ٢٠٨ (أ) من قانون الإجراءات وغيرهم رغم شمول افتراض البراءة للجميع، ومن ثم فإن مبدأ المساواة هوركيزة الحكم ، وتم التوصل إلى انتهاكه عن طريق أصل البراءة.

وفي نقد للحكم السابق رأى المستشار/ محمد حامد الجمل^(١٦٦) أن أوامر المنع تختلف في طبيعتها وغايتها عن الحراسة لأن الأخيرة تعني شل إرادة الخاضع عن الإرادة والتصرف معا ويقوم الحارس بالنأيابة الجبرية عنه في تلك الوظائف ، ويكون ذلك لحساب الخاضع أو لدائتيه أو لحساب

الدولة حسيما يحدده حكم الحراسة بحسب الأحوال، وقد تكون للحراسة مدة أولا، ولا ترفع إلا بحكم آخر يرفعها أما أوامر المنع فهي محدودة بحدود التحقيق، فإذا ما رفع الأمر للمحكمة أصبح مرده إليها وللمتهم الحق في التظلم قبل الإحالة.

ويرى سيادته أن المادة (٤١) من الدستور تجيز المساس بالحرية الشخصية بأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، ويسير على نفس المنوال المادتان (٤٤) و (٤٥) من الدستور في شأن حرمة المساكن وعدم جواز انتهاك حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، ومن ثم فإن منطق الحكم بفضي إلى عدم دستورية سلطة النائب العام في حبس المتهم احتياطيا دون عرضه على القاضي المختص لأن ذلك تقييد للحرية التي صانها الدستور دون حكم قضائي .

والخلاصة - في رأى سيادته - أن كل إجراء يلزم لحماية حق السلطة القضائية في إجراء التحقيق وصولا إلى الحقيقة كفل المشرع الدستوري أن يتم إما بحكم القاضي أو بأمر من النيابة العامة تحت رقابة القضاء ، فلا يجوز وقد جعل إقامة الدعوى الجنائية أمانة في عنق النيابة العامة أن تقل يدها عن مال المتهم الذي قد يكون متحصلا من جرائم يكشف عنها التحقيق.

ويمكن الرد على ماسلف بما أكده الحكم ذاته من أن القيود التي فرضها النص في مضمونها وأثرها صورة من صور الحراسة يفرضها المشرع على الأموال بعيدا عن صدور حكم قضائي بها، بالمخالفة لنص المادة ٢٤ من الدستور التي تقضي بأن الملكية الخاصة مصونة ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائي.

وهكذا يمكن القول وحسبما أوضع المستشار / عبد الرحمن نصير - نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا^(١٦٧)، أن فلسفة الحكم قائمة على عدم منح النائب العام سلطة منفردة دون رقابة قضائية ، حيث يحدث عملا أن تظل بعض القضايا رهن التحقيق مدة طويلة تصل لعشر سنوات يحصل بعدها المتهم على البراءة، ويظل المتهم وأولاده وأسرته طيلة هذه الفترة ممنوعين من التصرف.

ونرى أن قياس أمر التحفظ على الحبس الاحتياطي في غير محله لأن الحبس الاحتياطي يكون تحت رقابة السلطة القضائية حيث يعرض المتهم الحبوس بعد فترة محددة في القانون على السلطة القضائية للنظر في تجديد حبسه، وهو الأمر الذي لو راعته السلطة التشريعية بالنسبة للنص محل الموضوع لما قضى بعدم دستوريته. ونأمل أن يصدر القانون الجديد ناصا على منح النائب العام سلطة المنع مع ضرورة العرض على محكمة ، ولتكن محكمة الجنح المستأنفة مثلا منعقدة في غرفة المشورة - خلال فترة وجيزة (١٥ يوما مثلا) .

المطلب الثاني

وجود نص قانوني مفهوم يتضمن تعديدا واضحا للسلوك غير المشروع

" ascertainable standard of guilt "

إن غموض النصوص التشريعية عامة يعيبها، إلا أن غموض النصوص الجنائية خاصة يجعلها غير دستورية، ولعل أوضح حكم يعبر عن هذا المعنى هو ذلك الصادر بجلاسة ١٢/٢/١٩٩٤^(١٦٨)، حيث ذهب المحكمة إلى أن غموض النص العقابي يعني أن يكون مضمونه خافيا على أوساط الناس

باختلافهم حول فحواه، ومجال تطبيقه ، وحقيقة مايرمى إليه، فلا يكون معرفا بطريقة قاطعة بالأفعال المنهى عن ارتكابها، بل مجهلا بها ومؤديا إلى انبهاامها، ومن ثم يكون إنفاذه مرتبطا بمعايير شخصية قد تخالطها الأهواء ، وهى بعد معايير مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه لحقيقة محتواه ، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميه التى غالبا مايجاوزونها التواء بها أو تحريفا لها ليُنال من الأبرياء.

ويوجه خاص فإن غموض النص العقابى يعوق محكمة الموضوع عن إعمال قواعد صارمة جازمة، تحدد لكل جريمة أركانها، وتقرر عقوبتها بما لا يس فيه. وهى قواعد لاترخص فيها وتمثل إطارا لعملها لايجوز اقتحام حدوده.

كذلك فإن غموض النص العقابى ، يحمل فى ثناياه مخاطر اجتماعية، لاينبغى التهورين منها. ويقع ذلك لأن تطبيقه يكون انتقائيا منطويا على التحكم فى أغلب الأحوال وأعمها، ولأن المواطنين الذين اختلط عليهم نطاق التجريم، والتوت بهم مقاصد المشرع، يفترون عادة - حذر العقوبة وتوقيا لها - عن مباشرة الأفعال التى داخلهم شبهة تأنيبها، وإن كان القانون بمعناه العام يسوغها. بل إن الاتجاه المعاصر والمقارن فى شأن النصوص العقابية، يؤكد أن الأضرار المترتبة على غموضها ، لاتكمن فى مجرد التجهيل بالأفعال المنهى عنها، بل تعود - فى تطبيقاتها - إلى عنصر أكثر خطرا ، وأبرز أثرا يتمثل فى افتقارها إلى الحد الأدنى من الأسس اللازمة لضبطها، والتى تحول كئصل عام بين القائمين على تنفيذها ، وإطلاق العنان لنزواتهم، أو سوء تقديراتهم.

وأكدت المحكمة أنه إذا كان الأصل فى النصوص العقابية ، هو أن تصاغ فى حدود ضيقة narrowly tailored لضمان أن يكون تطبيقها محكما، فقد صار من الحتم أن يكون تميمها محظورا⁽¹⁶⁹⁾، ذلك أن عموم عباراتها واتساع قوالها، قد يصرفها إلى غير الأغراض المقصودة منها، وهى تحض دوما على عرقلة حقوق كفلها الدستور، أو تتخذ ذريعة للإخلال بها، وفى مقدمتها حرية التعبير، وحرية التنقل، والحق فى تكامل الشخصية، وفى أن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع.

ولئن جاز القول بأن تقدير العقوبة وتقرير أحوال فرضها هو مما يدخل فى نطاق السلطة التقديرية التى يمارسها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق، وفق الأسس الموضوعية التى يراها أصوب لمصالح الجماعة، وأحفظ لقيمها، إلا أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور، ويندرج تحتها ألا يكون أمر التجريم فرطا، وهو مايتحقق فى كل حال كلما كان النص العقابى محملا بأكثر من معنى، مرهقا بأغلال تعدد تأويلاته، مرنا متراميا على ضوء الصيغة التى أفرغ فيها، متغولا - من خلال انفلتات عباراته - حقوقا أرساها الدستور، مقتحما ضماناتها، عاصفا بها، حائلا دون تنفسها بغير عائق ويتعين بالتالى أن يكون النص العقابى حادا قاطعا، لا يؤذن بتداخل معانيه أو تشابكها، كى لاتنداح دائرة التجريم، وليظل دوما فى إطار الدائرة التى يكفل الدستور فى نطاقها، قواعد الحرية المنظمة . ordered liberty

وهكذا خلصت المحكمة - فى هذا الحكم التعليمى التثقيفى المرشد للمشرع والقاضى والفقيه - إلى أنه طالما أن القوانين الجزائية تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لها، كى يدفعوا عن حقيهم فى الحياة، وكذلك حرياتهم، تلك المخاطر التى تعكسها العقوبة، ومن ثم كان أمرا مقضيا أن تصاغ تلك

القوانين بما يحول دون انسيابها، أو القياس عليها، أو تباین الآراء حول مقاصدها (170).

ووضوح النص لا يرتبط فحسب بالركن المادى للجريمة والعقاب عليه وإنما يمتد ليشمل لزوماً الركن المعنوى فى الجريمة حتى ولو تعلق الأمر بجريمة غير عمدية، إذ الأخيرة لا تقوم إلا على الخطأ - حسبما أوضحت المحكمة بحكمها الصادر بجلسته ١٩٩٥/١٢/٢ (171) .

وترى المحكمة أن صور الخطأ على اختلافها يجمعها معيار عام يتمثل فى انحرافها عما يعد - وفقاً للقانون الجنائى - سلوكاً معقولاً للشخص المعتاد، وأن هذه الصور على تعددها ، تتباين فيما بينها سواء فى نوع المخاطر التى تقارفها أو درجتها. ويتعين بالتالى أن يتدخل المشرع ليحدد مايكون منها مؤثماً فى تقديره مع بيان عناصر الخطأ فى كل منها تعريفاً بها ، وقطعاً لكل جدل حول ماهيتها، توفيقاً لالتباسها بغيرها، وتعييناً جلياً لما ينبغى على المخاطبين بالنصوص العقابية أن يأتوه أو يدعوه من أفعال .

وأوضحت المحكمة سبب ماقدرته فى عبارة بلاغية رائعة تجمع الأمر وتمثل ضوابطاً للتجريم عامة هى أنه « لا يجوز لمثل هذه النصوص أن تحمل الناس ما لا يطيقون ولا أنه تؤاخذهم بما يجهلون ، ولا أن تمد إليهم بأسها وقد كانوا غير منذرين، ولا أن تنهاتهم عما ألبس عليهم، وإلا قام التجريم فيها على أساس من الظن أو الإبهام، ليكون خداعاً أو ختلاً (172) .

وهكذا يمكن القول بأن النصوص العقابية لا يجوز أن تكون شباكاً أو شركاً يلقىها المشرع متصيداً باتساعها أو بخفائنها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها (173).

المطلب الثالث

مراعاة تفريد العقوبة

Individualization of punishment

إذا كانت القاعدة هى أن الجزء من صنف العمل بما يشير إلى ضرورة مراعاة نوع من التوازن بين العقوبة والجريمة ، فإنه لا جدال فى ضرورة تمكين القاضى من أن يقدر الجزء المناسب من خلال العوامل الموضوعية المتصلة بالجريمة وتلك الشخصية المتصلة بمرتكبها، الأمر الذى يقضى إلى ضرورة التقرير بأن سلطة القاضى فى تفريد العقوبة هى من الأمور شديدة الارتباط بالوظيفة القضائية وخصائصها وهو الأمر الذى لا يجوز للمشرع انتهاكها ولا حرمان القاضى منه.

وقد أتبع للمحكمة أن توضح موقفها من هذا المبدأ لما قضت بحكمها الصادر بجلسته ١٩٩٦/٨/٢ (174) ، بعدم دستورية مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٥٦ من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ من عدم جواز وقف تنفيذ عقوبة الغرامة، وقد نهبت المحكمة تأسيساً لقضائها المذكور إلى أن المتهمين لا تتجانس خصائص تكوينهم heterogenous ولا تتحد بينتهم ، بل يتمايزون على الأخص من حيث تعليمهم وثقافتهم وقدر ذكائهم واستقلالهم وتدرج نزعتهم الإجرامية بين لينها واعتدالها أو غلواها أو إيغالها .

ويستحيل بالتالى معاملتهم بوصفهم نمطاً ثابتاً، أو النظر إليهم باعتبار أن صورة واحدة تجمعهم لتصميم فى قالبها بما مؤداه أن الأصل فى العقوبة هو تفريدها لاتعميمها . وتقدير استثناء من هذا الأصل - أيا كانت الأغراض التى يتوخاها - مؤداه أن المذنبين جميعهم تتوافق ظروفهم " homogenous " وأن عقوبتهم

يجب أن تكون واحدة لاتغاير فيها ، وهو مايعنى إيقاع جزاء فى غير ضرورة - وبصورة مجردة - ليجر ألوانا من المعاناة تخالطها آلام تنفق لبرراتها، وبعد أن فقدت العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة وملابسها ، بما يقيد الحرية الشخصية دون مقتضى.

كذلك ذهبت المحكمة إلى أن اعتبار المتهمين نظراء بعضهم لبعض سواء فى نوع جريمتهم أو بواقعها أوخلفيتها لايعبو أن يكون إخلالا بشرط الوسائل القانونية السليمة التى لايتصور فى غيابها أن يكون للحق فى الحياة أو فى الحرية، من قيمة لها اعتبارها .

وانتقلت المحكمة بعد ذلك إلى ضرب صور التفريد، فذهبت إلى أنها لاتتقيد بنوع العقوبة وقدرها - فى إطار الحدود المقررة قانونا لها، وإنما تنفك لتشمل تنفيذ العقوبة المحكوم بها أو الأمر بإيقافها ، فى إطار من سلطة القاضى التقديرية لخطورة التنفيذ ومايتضمنه من الاتصال بمنزبين آخرين ربما كانوا أكثر عتوا وأفدح إجراما .

وأكدت المحكمة أن تفريد عقوبة الغرامة أكثر مرونة من ذلك المتعلق بالعقوبة السالبة للحرية، إذ يكفل عدالتها ويسر تحصيلها دون أن تكون وطأتها على الفقراء أثقل منها على الأغنياء .

ووضعت المحكمة فى هذا الحكم معيارا متميزا مؤداه عدم دستورية كل نص تحاول به السلطة التشريعية أن تخل بالحقوق المرتبطة عقلا بالوليفية القضائية بحسبان أن ذلك يعد انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات ، لأن الدستور إذا كان قد حدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحياتها ، فإنه بذلك يكون قد عين لكل منها التخوم والقيود الضابطة لولايتها بما يحول دون تدخل إحداها فى أعمال السلطة الأخرى أو مزاحمتها فى ممارسة اختصاصاتها التى ناطها الدستور بها⁽¹⁷⁵⁾.

المطلب الرابع

كفالة حق الدفاع

نصت المادة ١/٦٧ من الدستور على أن المتهم برئ، حتى تثبت إدانته فى محاكم قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وهكذا كفل الدستور حق الدفاع كشرط من شروط المحاكمة المنصفة وأكدته مرة أخرى حين نص فى المادة ١/٦٩ على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، وقد سبق تأكيد هذا الحق بواسطة كلا من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية⁽¹⁷⁶⁾ .

وبالإضافة إلى القيمة الدستورية لحق الدفاع فقد نال هذا الحق ضمانا دستوريا فيما يتعلق بعناصره ، وهى على التفصيل الآتى :

- حق المتهم فى الإحاطة بالتهمة حتى يمكن ضمان الدفاع الفعال عنه، إذ بدون هذه الإحاطة والمعرفة يضحى حق الدفاع مشوبا بالغموض فاقتدا لفعاليتها، وقد أكدت هذا الحق المادة (٧١)⁽¹⁷⁷⁾ من الدستور المصرى وأشار إليه أيضا العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية .

- حق المتهم فى إبداء أقواله بحرية ، دون إكراه، وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن مقبوض عليه أو مقيده حريته تحت وطأة الإكراه البدنى أو المعنوى يهدر ولايعول عليه (مادة ٤٢ من الدستور).

- الحق في الاستعانة بمحام وهو ما كفله الدستور المصري بالمادة ٦٩ منه، بل إن كل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه (م ٢/٦٧ من الدستور).

وعلى الإجمال يمكن التقرير بأن المشرع الدستوري حاول تحقيق توازن نسبي - وليس حسابي - بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام حتى لا تتحول الإجراءات الجنائية إلى وثيقة اتهم مستمرة يقف أمامها المتهم موقف الإنعان أو الخضوع بما يتناقض مع قرينة البراءة.

وقد أوضحت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٢/٢/١٩٩٤⁽¹⁷⁸⁾ حول تقدير أتعاب المحامي حق الدفاع بصفة عامة ومفهومة - دون أن تقتصره على المجال الجنائي، فأكدت على أن ضمان هذا الحق يفترض أن يكون الدفاع فعالاً، محيطاً بالحقوق التي يتناولها التوكيل، فلا تكون المعاونة التي يقدمها المحامي لموكله دون مستوياتها الموضوعية التي يملها الضمير، وكان الدستور تعزيزاً منه ل ضمانة الدفاع على هذا النحو لم يجز للسلطة إهدار هذا الحق أو تقليص محتواه، إذ إن ضمانة الدفاع لم تعد ترفاً يمكن التجاوز عنه، وأن إنكار ضمانة الدفاع أو تقييدها بما يخرجها عن الأغراض المقصودة منها، ليس إلا هدماً للعدالة ذاتها، بما يحول دون وقوعها سوية على قديمها، سواء أكان نقضها أو إعاقته منصرفاً إلى حق الدفاع بالأصالة، بما يقوم عليه من ضمان حق كل فرد في أن يعرض وجهة نظره في شأن الواقعة محل التداي مبيناً حكم القانون بصدها، أم كان متعلقاً بالدفاع بالوكالة، حين يقيم الشخص باختياره محامياً يطمئن إليه خبرته وقدراته.

وأكدت المحكمة أن الدستور بعد أن قرر أصل الحق في ضمانة الدفاع - أصالة أو بالوكالة - خطاً خطوة أبعد بإقراره الفقرة الثانية من المادة ٦٩، التي تنص على أن تكفل الدولة لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء، والدفاع عن حقوقهم، مخولاً المشرع بموجبها تقرير الوسائل الملائمة التي يعين بها المعوزين على صون حقوقهم وحياتهم من خلال تأمين ضمانة الدفاع عنها.

وبحكم المحكمة الصادر بجلسة ٢/١٢/١٩٩٥⁽¹⁷⁹⁾ بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة ٨ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٢ والتي حظرت مباشرة المحامين بالإدارات القانونية بشركات القطاع العام لأعمال المحاماة بالنسبة إلى القضايا الخاصة بهم وتكون متعلقة بالجهات التي يعملون فيها، أكدت المحكمة على المزاوجة بين حق الدفاع وحق التقاضي بما قررت من أنه لا يمكن فصلهما أو عزلهما، ذلك أنهما متكاملان ويعملان معاً في دائرة الترضية القضائية judicial relief والتي يعتبر اجتناؤها غاية نهائية للخصومة القضائية فلا قيمة لحق التقاضي، ما لم يكن متسانداً بضمانة الدفاع، عاملاً من أجل إنفاذ مقتضاها، والعكس صحيح فلا قيمة ل ضمانة الدفاع بعيداً عن حق النفاذ إلى القضاء وإلا كان القول بها وإعمالها واقعاً وراء جدران صامتة " behind walls of silence " .

وأوضحت المحكمة أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مستقلان، ولايتهدمان، وأن حق الدفاع أصالة أسبق وجوداً من الحق في اختيار محام.

وركزت المحكمة بحكمها الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٩٢⁽¹⁸⁰⁾ على ضمانة الدفاع في المجال الجنائي - التي هي فرع من ضمانة الدفاع عامة - مؤكدة أن ضمانة الدفاع في تأمين حقوق الفرد وحياته تبدو أكثر لزوماً في مجال الاتهام الجنائي، باعتبار أن الإدانة التي قد يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقعية بين الفرد والجماعة التي ينتمي إليها منهية - أحياناً - آماله المشروعة في الحياة

، الأمر الذى يتعين معه أن يكون حق النيابة العامة فى تقديم أدلة الاتهام موازنا بضمانة الدفاع التى يتكافأ بها مركز المتهم، ويتمكن بالتالى من مقارعة الحجة بمثلها وبحض الأدلة .

وهذه المحكمة إلى أنه غدا أمرا مقضيا أنه إذا كان حق الدفاع فى المجال الجنائى يعنى فى المقام الأول حق المتهم فى سماع أقواله ، ولذلك فإن حق الدفاع يقو سرايا بغير اشتماله على الحق فى سماع (181) المتهم عن طريق محاميه، ذلك أن ماقد يبدو واضحا فى الأذهان لرجال القانون، يكون شائكا محاطا بغلالة كثيفة من الغموض بالنسبة لغيرهم أيا كان حظهم من الثقافة، ويوجه خاص إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام وخفاء جوانبها التى تتعلق بالقواعد الحاكمة للأدلة، الأمر الذى يعزز الاقتناع بأنه بغير معونة المحامى الذى يقيمه الشخص باختياره وكيل عنه إذا كان قادرا على الوفاء بمتاعبه، أو معونة من تنتدبه المحكمة له إذا كان معسرا ، فإنه قد يدان بناء على أدلة غير متعلقة بواقعة الاتهام أو غير جائز قبولها.

ولم يفت المحكمة أن تؤكد أن ضمانات الدفاع لا تقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة وحدها، بل تمتد كذلك مظلتها ومايتصل بها من أوجه الحماية إلى المرحلة السابقة عليها التى يمكن أن تحدد نتيجتها المصير النهائى لمن قبض عليه أو اعتقل وتجعل بعنذ من محاكمته إطارا شكليا لايرد عنه ضرا ، ويوجه خاص كلما أقر بالخداع أو الإغواء بما يدينه.

ولاحظت المحكمة أن هذا المعنى يؤيده نص المادة (٧١) من الدستور والذى خول كل من قبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بغيره لإبلاغه بما وقع أو للاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون ، بما يعنيه ذلك من ضمان حقه فى الحصول على المشورة القانونية اللازمة ممن يختاره من المحامين ، ليمده بالمعونة الفعالة، ومن ثم لايجوز الفصل بين المتهم ومحاميه بما يسوء إلى مركزه وذلك سواء أثناء التحقيق الابتدائى أو قبله. وتقصد المحكمة بالطبع من لفظ قبله سؤال المتهم بمعرفة ضباط الشرطة قبل عرضه على النيابة.

وبحكم المحكمة الصادر بجلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ ، والذى قضى بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (١٢٢) من قانون الإجراءات الجنائية، والذى ألزم المتهم بارتكاب جريمة القذف بطريق النشر فى إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات ، بأن يقدم للمحقق عند أول استجواب له ، وعلى الأكثر فى الخمسة أيام التالية ، بيانا بالأدلة على كل فعل أسند إلى موظف عام، أو شخص ذى صفة نيابية عامة، أو مكلف بخدمة عامة ، وإلا سقط حقه فى إقامة الدليل، أعادت المحكمة التأكيد على أن ضمانات الدفاع لا تقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة بل تمتد مظلتها كذلك، ومايتصل بها من أوجه الحماية، إلى المرحلة السابقة عليها.

وهذه إلى أنه من غير المتصور أن يكون دور المحامين رمزيا أو شكليا متخاذلا أو قاصرا عن أن يقدم للمتهمين تلك المعونة الفعالة التى يقتضيها النظام الاختصاصى للعدالة الجنائية ، وقوامها الفرص المتكافئة التى يواجهون من خلالها الأدلة التى طرحتها النيابة العامة إثباتا للجريمة، مع الحق فى حضنها بأدلة النفى التى يقدمونها- لا خلال فترة زمنية محددة لإحيييون عنها- بل كلما كان ذلك ممكنا وإلى أن تصل المحاكمة الجنائية ذاتها - وعلى امتداد مراحلها- إلى خاتمتها.

وقد اعتبر النص المطعون فيه معجزا المحامين عن إدارة الدفاع عن موكلهم وفق أصول المهنة ومقتضاها(182) .

المطلب الخامس

مراعاة قاعدة رجعية القوانين العقابية الأصلح للمتهم

أوضحت المحكمة مؤدى هذه القاعدة وأساسها وغايتها بحكمها الصادر فى ١١/٧/١٩٩٢ (183) فأنكدت على أن مؤداها سريان النصوص العقابية الأصلح للمتهم بأثر رجعى على الجريمة التى ارتكبها المتهم وذلك لانتهاء القاعدة الاجتماعية التى كان يرجى بلوغها من وراء تقرير العقوبة وتوقيعها عليه.

وأساس هذه القاعدة تفرضها المادة (٤١) من الدستور، إذ رجعية القوانين الأصلح للمتهم ضرورة حتمية يقتضيها صون الحرية الفردية بما يرد عنها كل قيد غداً تقريره مفتقراً إلى أية مصلحة اجتماعية، ويتحقق ذلك بوجه خاص حين ينتقل القانون الجديد بالفعل كلية من منطقة التجريم إلى دائرة الإباحة - وهى الأصل - مقرراً أن ماكان مؤثماً لم يعد كذلك وأن الفلسفة التى كان القانون القديم ينطلق منها معاقبا على كل فعل يناقضها، قد أسقطتها فلسفة جديدة اعتنقتها الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها .

ولاتخل القاعدة الأنفة بالنظام العام بل هى أدعى إلى تثبيته بما يحول دون انقراط عقده، وفى تطبيق المبدأ المذكور ذهبت المحكمة إلى أنه إذا كان وزير التموين قد أقر تنظيمياً يؤثم أفعالا تتعلق بتداول إحدى السلع أو حيازتها بقصد الاتجار أو التعامل فيها، وكان هذا التنظيم غير مقيد بفترة زمنية موقوتة، بل كان العمل به ممتداً فى الزمان، فإن عدول الوزير عن هذا التنظيم وإباحته الأفعال التى كان قد حظرها، يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم.

وقد أتيح للمحكمة فى حكم حديث لها صادر بجلسة ٢٢/٢/١٩٩٧ (184) أن تعيد تأكيد المبدأ ولكن بصورة أكثر تفصيلاً ووضوحاً حيث أعطت المحكمة لمدأى عدم رجعية القوانين الجنائية، وضرورة إرجاعها حال كونها أصلح للمتهم ذات القيمة الدستورية، فأوضحت المحكمة أن إنكار الأثر الرجعى للقوانين الجنائية، يفترض أن يكون تطبيقها فى شأن المتهم مسيئاً إليه، فإن كانت أكثر فائدة لمركزه القانونى فى مواجهة سلطة الاتهام، فإن رجعيته تكون أمراً محتوماً.

ومن ثم تكون أمام قاعدتين تجريان معاً وتكاملاً : أولاهما : أن مجال سريان القانون الجنائى ينحصر أصلاً فى الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يكون رجعياً كلما كان أشد وقعا على المتهم، وثانيتهما سريان القانون اللاحق على وقائع كان يؤثماً قانون سابق كلما كان القانون الجديد أكثر يسراً. وتكامل هاتين القاعدتين مؤداً، أن ثانيتهما لاتعتبر استثناءً من أولاهما، ولاهى قيد عليها، بل هى فرع منها ونتيجة حتمية لها. وكلاهما تعتبران امتداداً لازماً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات *Le prolongement nécessaire* ولهما معاً القيمة الدستورية ذاتها.

وصار أمراً مقضياً - وكلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم - أن ترد لأصحابها تلك الحرية التى كان القانون القديم ينال منها.

ولم يفت على المحكمة أن توضح أمراً هاماً شأنه، ويعد مفترضاً أولياً لتطبيق القاعدة ألا وهو أن القوانين الجزائية التى تقارنها ببعض تحديدات لأصلحها للمتهم، يفترض اتفاقها جميعها مع الدستور، وتزاحمها على محل واحد، وتفاوتها فيما بينها فى عقوباتها.

وهكذا يمكن القول إنه حتى يصلح القانون الجزائي ليدخل في مقارنة مع غيره لبحث ما إذا كان أصح للمتهم فإنه لا بد وأن يكون متفقاً أساساً مع الدستور ، ويعد كل قضاء من المحكمة في هذا الشأن مؤكداً على الدستورية مانعاً من العودة إليها ، الأمر الذي يمكن تشبيهه بما استقرت عليه المحكمة الدستورية من أن كل قضاء في موضوع القانون يفترض مبدئياً خلوه من العيوب الشكلية .

وفي تطبيق لبدأ القانون الأصلح للمتهم على الموضوع المعروض على المحكمة ، ذهبت المحكمة إلى أن المشرع انتقل بحق المؤجر في تقاضى مقدم الأجرة من الحظر الكامل المقرر بأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (م ٢٦ ، م ٧٧ منه) ، إلى الحظر المقيد المقرر بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (م ٦ منه) ، إلى إطلاق هذا الحق من كل قيد ضماناً لأن يكون هذا الحق مكتملاً لا مبيتسراً ، وذلك بإصداره القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ في ١٩٩٦/١/٣٠ .

وإذا بات الأمر كذلك فقد تعين الحكم بانقضاء مصلحة المدعى في الدعوى ومن ثم القضاء بعدم قبولها . وقد حرصت المحكمة في الفقرة الأخيرة من الأسباب السابقة على المنطوق مباشرة أن تؤكد أن قضاء المحكمة باعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ أصح للمتهم ، قد انبنى على التطبيق المباشر للقواعد الدستورية ، ومن ثم فإن القضاء باعتبار هذا القانون أصح للمتهم يكون متمتعاً بالحجية المطلقة التي أسبغها المشرع على أحكام المحكمة الدستورية الصادرة في المسائل الدستورية ، ولمزماً بالتالي الناس كافة وكل سلطة في الدولة ، بما في ذلك جهات القضاء على اختلافها (١٨٥) .

ومرجع الحرص الأتف في رأينا يرجع إلى أمرين :

الأمر الأول :

إن المحكمة كانت تعلم يقيناً وقت إصدارها للحكم بوقوع تضارب بين دائرتي محكمة النقض الجنائية (١٨٦) والمدنية حول ذات الموضوع حيث ذهبت الدائرة الجنائية حقاً إلى أن القانون ٤ لسنة ١٩٩٦ يعتبر أصح للمتهم بينما ذهبت الدائرة المدنية إلى وجهة النظر العكسية فأزادت أن تضع حداً لهذا الأمر .

وكان قضاء الدائرة المدنية قد تأسس على أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ - السالف بيانه - في صريح لفظه وواضح دلالاته ومن مطالعة مذكرته الإيضاحية اكتفى بالنص على عدم سريان تشريعات إيجار الأماكن على العلاقات التي يحكمها والتي أحال بشأنها إلى أحكام القانون المدني وهي الخاصة بالأماكن التي لم يسبق تأجيرها ، والأماكن التي انتهت عقود إيجارها قبل العمل بذلك القانون أو تنتهي بعده لأي سبب من الأسباب بون أن يكون لأحد حق البقاء فيها طبقاً للقانون . ولازم ذلك ، إن أحكام القانونين رقمي ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والقوانين الخاصة بإيجار الأماكن الصادرة قبلهما ، تظل سارية على العلاقات الإيجارية القائمة والتي أبرمت في ظل تلك القوانين قبل العمل بالقانون الجديد ، ومن بينها النصوص التي قيدت حرية المالك في تقاضى أية مبالغ خارج نطاق عقد الإيجار ، إذ إن القانون الأخير لم يرد به - صراحة أو ضمناً - ثمة إشارة إلى إلغاء القوانين الخاصة بإيجار الأماكن التي صدرت قبله ، أو إلغاء النصوص التي تحرم تقاضى مبالغ خارج نطاق عقد الإيجار الذي أبرم طبقاً لأحكام تلك القوانين

قبل العمل بهذا القانون، كما لم يتضمن إلغاء العقوبة المقررة لها أو تعديلها ، فبقي من ثم لكل من هذه القوانين مجال إعمالها ، ولا يندح في ذلك مانصت عليه المادة الثالثة من هذا القانون بإلغاء كل نص في أى قانون آخر يتعارض مع أحكامه ، ذلك أن الواضح من المادة الأولى- على ما سلف بيانه - أنها تسلم بعدم إلغاء القانونين رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧، ١٢٦ لسنة ١٩٨١ وكذلك قوانين الإيجارات السابقة عليهما بشأن الأحكام المحددة للأجرة، والأحكام المقررة على مخالفتها - هذا إضافة إلى أن قوانين إيجار الأماكن الصادرة قبل العمل بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ هى تشريعات خاصة ، وإذ يعتبر القانون الجديد تشريعا عاما، فإن التشريعات الخاصة السابقة تظل سارية استثناء من التشريع العام اللاحق ماضية فى تحقيق الغرض الذى سنت من أجله لما هو مقرر من أنه مع قيام قانون خاص لا يرجع إلى أحكام قانون عام إلا فيما لم ينتظمه القانون الخاص من أحكام ، وأن التشريع العام اللاحق لا ينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق بل يظل التشريع الخاص قائما، ومن ثم فإن الجرائم التى وقعت فى ظل قوانين إيجار الأماكن تظل قائمة وخاضعة لأحكامها حتى بعد العمل بأحكام القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ ، ويسرى عليها أحكام تلك القوانين ولا يمتد إليها أحكام ذلك القانون بأثر رجعى لتخلف مناط إعمال هذا الأثر.

ولاشك أن المتعمق فى حكم المحكمة الدستورية وحكم النقض الأنف يدرك أن حكم أولهما هو الراجع وثنائهما هو المرجوح من حيث إن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦- يقينا - أصلح للمتهم.

الأمر الثانى :

إن المحكمة كانت تعلم أن الأمر فيه تخريج جديد لم تذهب إليه سلفا حيث تقضى المحكمة بعدم قبول الطعن على مواد جنائية يراها الطاعن غير دستورية لانقضاء المصلحة فى الطعن عليها بعد أن صدر قانون جديد يزيل التجريم وينطبق عليها بأثر رجعى تطبيقا لقاعدة القانون الأصلح للمتهم.

وقد أدركت المحكمة أنه لو انتصرت ههنا محكمة النقض المنصوص عليهما بالمادة ٤ من قانون السلطة القضائية لحكم الدائرة المدنية ولم تنص هى على هذه الفقرة السابقة على المنطوق، فقد يفسر البعض الأمر بأن حكم المحكمة الدستورية هو حكم بعدم القبول الشكلى وليس فيه إلزام للكافة خاصة وأنه لم يقض بدستورية نص أو بعدم دستوريته، مما يعنى يقينا إبقاء حكم المحكمة الدستورية دون تنفيذ إضافة إلى شنود غريب فى الأوضاع يتمثل فى إبقاء نصوص جنائية حصينة من الفحص الدستورى.

والمتعمق فى الأمور يدرك - حقا - أن الحكم الأنف وإن كان بعدم القبول إلا أنه قد تم بعد الاستغراق فى البحث الدستورى للقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ وتطبيقه بوصفه قانونا أصلح للمتهم، الأمر الذى يجعله حكما فى دعوى دستورية ملزما لجميع سلطات الدولة وللکافة تطبيقا للمادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتى تنص على أن أحكام المحكمة الدستورية فى الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة .

ونرى أنه يقصد بالحكم فى الدعوى الدستورية الحكم الموضوعى بدستورية نص أو بعدم دستوريته وكذلك الحكم الشكلى بعدم القبول أو بانتهاء الخصومة المستند إلى أسباب موضوعية صرفه، حيث إن طبيعة هذه الأسباب حين إذ - كفكرة القانون الأصلح - تصلح لإلزام سلطات الدولة والکافة بها.

المبحث الرابع

مجال الشريعة الإسلامية

تمهيد :

كانت المادة الثانية من الدستور تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وقد تم تعديلها بالتعديل الدستوري الذي تم في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ لتصبح مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن إلزام المشرع باتخاذ المبادئ الشرعية الإسلامية بصفتها المصدر الرئيسي للتشريع - على نحو ما جرى به التعديل السالف - لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلزام، بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصورها فعلا من قبله، أى في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الإعمال ، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن هذا القيد⁽¹⁸⁷⁾ .

وترتبا على ماتقدم فقد أصدرت المحكمة عشرات⁽¹⁸⁸⁾ الأحكام التي انتهت فيها لرفض الدعوى وسوف نحلل أحكام المحكمة المتعلقة بالقوانين المخالفة للشريعة وبذلك غير المخالفة في مطلبين متتاليين ، وسوف رأينا في الموضوع في مطلب ثالث.

المطلب الأول

القوانين المخالفة للشريعة

أتيح للمحكمة في القليل من أحكامها القضاء بعدم دستورية تشريعات مخالفتها الأحكام الشريعة الإسلامية نذكر منها على سبيل المثال مايلي :

١ - الحكم الصادر بجلسة ٢٧/٥/١٩٩٢⁽¹⁸⁹⁾ بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون الحمامة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ وذلك فيما قرره من جواز نزول الحمامى أو ورثته عن إيجار مكتبه لمزاولة غير الحمامة من المهن الحرة أو لمباشرة حرفة غير مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة.

وقد ذهبت المحكمة إلى أن الفقرة الثانية سالفة الذكر قد جاءت كاستثناء من حكم المادة (٢٠) من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والذي يحق للمالك بمقتضاها الحصول على ٥٠٪ من مقابل تنازل المستأجر عن العين المؤجرة.

وقد لاحظت المحكمة أن الفقرة المقضى بعدم دستوريته تنطوى على مزية استثنائية غايتها إسقاط حقوق المالك المرتبطة بها، وتقديم المنفعة المجلوبة على المضرة المدفوعة بالمخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية.

٢ - الحكم الصادر بجلسة ١٨/٣/١٩٩٥⁽¹⁹⁰⁾ بعدم دستورية ماتضمنته المادة ٢٩ من القانون

رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من استمرار عقد إيجار المسكن - عند ترك المستأجر الأصلي له - لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة الذين أقاموا معه في العين المؤجرة مدة سنة على الأقل سابقة على تركه العين أو مدة شغله لها أيهما أقل.

وقد مدت المحكمة نطاق الطعن إلى الأحكام ذاتها التي تبنتها المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، حيث أجازت تلك المادة إخلاء العين المؤجرة للسكنى، إذا تخلى المستأجر الأصلي عنها للغير مع استثناء الترك تطبيقاً لحكم المادة (٢٩) سالفه الذكر.

ومن حيث إن المحكمة قد انتهت في الحثيئة السابقة مباشرة على المنطوق إلى سقوط الاستثناء سالف الذكر، لذا كان طبعياً أن تكتسب المحكمة الحق في القضاء بعدم الدستورية استناداً للمادة الثانية من الدستور - إضافة لمواد أخرى استندت إليها - بحسبان أن النص المقضى يسقطه والذي مدت المحكمة نطاق الطعن إليه لاحقاً للتعديل الدستوري سنة ١٩٨٠، واعتبرت المحكمة أن النص المطعون فيه ينحل إلى عدوان على الملكية من خلال نقض بعض عناصرها وهو بذلك لا يندرج تحت تنظيمها ، بل يقوم على إهدار كامل للحق في استعمالها واستغلالها ، ملحقاً بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش.

وما سلف يخالف الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تبديل فيها ، ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها، وإليه معادها ومرجعها، مستخلفاً فيها عبادة الذين تعهد إليهم بعمارة الأرض ، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبيدونها أو يستخدمونها إضراراً ، إذ يقول تعالى « وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » .

وعلى ولي الأمر (المشرع)، أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يرد الضرر البين الفاحش ، فإذا تزامن ضرران، كان تحمل أهونهما لازماً اتقاء لأعظمهما، ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد الضرر العام.

وصفوة القول أن المحكمة رأت أن النص محل الطعن والذي أقره ولي الأمر (المشرع) أثري مستأجر العين وأفقر مالكيها ، وانحدر بحقوق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية ، مرجحاً عليها مصالح لاتدانيها وهو الأمر المخالف للشريعة .

٢ - ويمثل الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٦/١/٦⁽¹⁹¹⁾ مثالا صارخا لحكم تفصيلي في تناوله لجوانب المسألة الدستورية .

وقد انصب الطعن في القضية محل ذلك الحكم على نص المادة ١٨ مكرراً ثالثاً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والذي ينص على أنه على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاظنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال فترة العدة ، استمروا في شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة . وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر ، كان من حق الزوج المطلق ، أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة ، ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحزونين ولها

وقد انتهت المحكمة في هذا الحكم إلى عدم دستورية المادة (١٨) مكررا ثالثا سאלفة الذكر وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من :

أولا - إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغارها من مطلقتها وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكناهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أو غير مؤجر.

ثانيا - تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا - بأن يكون إعداد مسكنا مناسباً لصغارها من مطلقتها وحاضنتهم، واقعا خلال فترة زمنية لايتعداها، نهايتها عدة مطلقتها.

ولما كان ماقتضت به المحكمة في البند ثانيا يجد ركيزته في مبدأ (المساواة) فإن جل اهتمامنا سوف ينصب على ماقتضت به المحكمة في البند أولا بحسبانه يستند إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء - وهي محل اهتمامنا في هذا البحث - .

وتقتضي مبادئ الشريعة بأنه لايجوز لولى الأمر أن يشرع حكما يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسرا لتكون معيشتهم ضنكا وعوجا، بل يتعين أن يكون بصيرا بشئونهم بمايصلحها. وكان حقا قوله عليه السلام (مانهينكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم)، والحنفية السمحة هي مدار الدعوة التي قام بتبليغها إلى الناس جميعا، إذ يقول تعالى (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) ، وكان اقتضاء الصغار مسكنا من أبيهم - مع إمكان إيوانهم في مسكن لحاضنتهم تسكنه فعلا- مؤجرا كان أم غير مؤجر إعراضا عما ينبغي ان يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين، مصداقا لقوله تعالى (مايريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج) (وماجعل الله عليكم في الدين من حرج) (يريد الله بكم اليسر ولايريد بكم العسر) (يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا).

وقد استدركت المحكمة وأكدت بأن القرآن فصل لاهزل ، وكان اختصاص صغار المطلق من مطلقتها مع حاضنتهم - بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه، وهو مايقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هي المطلقة نفسها، بل أمها أو أختها أو خالتها - يعني أن حاضنتهم هذه وقد تهيأ مسكن لها مع زوجها وأولادها - إما أن تنقل هؤلاء معها إلى مسكن المحضونين نأبذة مسكنها لأمر انعقد عليه عزمها، وإما أن تتردد بين مسكنها ومسكنهم، فلا تمنحهم كل اهتمامها، ولاتوفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصون والتقويم، وإما أن تقيم مع محضونيتها- من دون أسرتها - ليتصدع بنيانها. ولايعنو ذلك كله أن يكون عبثا.

وخلصت المحكمة مما تقدم إلى وجوب تقييد النص المطعون فيه، فلا يكون مسكن الزوجية مقرا للمحضونين ، إذا كان لحاضنتهم مسكن يؤويهم تقيم فيه. وليس لازما أن يكون مملوكا لها، ذلك أن حق الصغار في السكنى ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم، أيا كان شكل العلاقة القانونية التي ترتبط بها في شأن هذه العين ، ودون إخلال بحقها في أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب باعتباره من مؤنتهم.

وينتقد الدكتور كمال أبو المجد (192)- حقا - ماقررت المحكمة في البند أولا- محل التحليل - تأسيسا على مايلي :

أ - إن المحكمة لم تكن مضطرة للولوج في هذا الأمر، إذ كان يكفيها أن تقف عند حدود ماقررت في البند ثانيا، إضافة إلى أن ماقررت في البند أولا والذي يجد أصله الشرعى فيما روى عن أن رسول الله

« ماخيز بين أمرين إلا اختار أيسرهما مالم يكن إثما » ، يتعلق بالإفتاء والقضاء ولا يتعلق بالتشريع .

ب - أن مبدأ - اتباع الأيسر - وإن كان يمكن رده في عمومه إلى قاعدة - رفع الحرج - إلا أنه حال تطبيقه عمليا تتور صعوبات جمة ، خاصة فيما يتعلق بخصوص إلزام المطلق بتوفير مسكن لصغاره وحاضنتهم ، إذ نحن هنا أمام مصالح متعارضة لأفراد متساويين ، الأب المطلق ، والصغار ، والحاضنة ، فما يكون تيسيرا لواحد من الثلاثة قد يكون تعسيرا وإغاثا للآخرين .

ج - لما كان المشرع هو صاحب الاختصاص الأصل بالترجيح والموازنة والتوفيق بين المصالح فإنه لايجوز أن يُنقض اجتهاد المشرع عن طريق اجتهاد مضاد من المحكمة ، طالما أن الأول لم يخالف حكما قطعيا من أحكام الشريعة أو مبدأ من مبادئها .

وأخيرا يشير سيادته ضمنيا إلى عدم تحييد خوض المحكمة في تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها ومقاصدها على التفصيل الذي أورده الحكم - إذ من الأفضل تحاشي الخوض في أمور لاتملك المحكمة ناصية القول فيها أو دليل اليقين ، ويستحسن التوسط في الرقابة فلا تكون مبالغه - كما حدث بالحكم السالف - أو إجحاما .

ونحن من جانبنا - ولقناعتنا التامة بوجاهة الحجج السالفة - ندعو دائما ألا تقضى المحكمة فيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية قبل الاستئناس برأى المفتي بشأنها .

وفى إحدى القضايا المتعلقة بالشريعة المسيحية استأنست المحكمة برأى غبطة البابا شنودة الثالث بطريرك الأقباط الأرثوذكس (١٩٣) ، لذا فليس غريبا على المحكمة أن تستأنس برأى المفتي ، وليس في ذلك إقلاقا من شأنها وإنما رغبة وتعزيدا لحكمها . وفكرة مذكرات الصداقة موجودة لدى المحكمة العليا الأمريكية منذ زمن بعيد .

المطلب الثاني

القوانين غير المخالفة للشريعة

على خلاف الحال بالنسبة للقوانين المخالفة للشريعة ، فقد أتبع للمحكمة أن تقضى بدستورية العديد من التشريعات لعدم مخالفتها للشريعة ونذكر منها على سبيل المثال :

١ - الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٢/٢/٧^(١٩٤) برفض الدعوى المتعلقة بالطعن على نص المادة الثامنة من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ ، والتي نصت على زيادة المعاش بنسبة ١٠٪ ، بالنسبة لمن انتهت خدمتهم قبل ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٤ ، والفقرة الثانية من المادة ١٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٨٤ بزيادة معاشات من انتهت خدمتهم حتى ٣١ ديسمبر ١٩٧٤ بنسبة ٢٠٪ .

ونزهت المحكمة إلى أن الغاية من القانونين المذكورين هو تعويض أصحابها نتيجة عدم استفادتهم من قوانين الإصلاح الوظيفي ، الأمر الذي يعكس مصالح مشروعة يعتبر هذا التنظيم مرتبطا بها ومحققا لها ، دون إخلال بمبدأ المساواة ، وبون مجافاة لمبادئ الشريعة الإسلامية .

ورغم أن نص المادة الثامنة من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ سابق على التعديل الدستوري سنة ١٩٨٠ ، الأمر الذي كان يقتضى عدم فحص مدى توافقه مع أحكام الشريعة ، إلا أنه نظرا لأن محل

الطعن ينصب أيضا على قانون لاحق للتعديل الدستوري سنة ١٩٨٠، لذا قاست المحكمة دستورية كلا النصين بمعيار الشريعة الإسلامية، وهذا هو ذات المذهب الذي اتبعته المحكمة بعد ذلك في الحكم الصادر بجلسة ١٨/٣/١٩٩٥ (والذي سبق أن تعرضنا لـ ١٩٥) له).

٢ - الحكم الصادر بجلسة ١٤/٣/١٩٩٢^(١٩٦) برفض الدعوى المتعلقة بالطعن على نص المادة (٢/٢٢) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والتي تنص على أنه «إذا أقام المستأجر مبنى مملوكا له يتكون من أكثر من ثلاث وحدات في تاريخ لاحق لاستجاره، يكون بالخيار بين الاحتفاظ بسكنه الذي يستأجره، أو توفير مكان ملائم للمالك أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثالثة بالمبنى الذي أقامه بما لا يجاوز مثلى الأجرة المستحقة له عن الوحدة التي يستأجرها منه»

وذهبت المحكمة إلى أن موازنة نص المادة ٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بين مصلحتين مرجحا ما ارتأه منهما أحق بالحماية محققا المصلحة العامة، لامخالفة فيه لأحكام الدستور ومن بينها المادة الثانية التي تعين بموجبه رد النصوص التشريعية إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لضمان توافقها معها، باعتبار تأكيد النص أن المصلحة المدفوعة مقدمة على المنفعة المجوبة، وأنه في إطار هذا الأصل لا يجوز للمستأجر بعد صيرورته مالكا لعقار تتعدد وحداته السكنية أن يظل محتفظا بالعين التي استأجرها متسلطا عليها رغم زوال حاجته إليها مالم يوفر في عقاره بديلا عنها لمن هم في حوج إليها.

٣ - في الحكم الصادر بجلسة ٢٦/٣/١٩٩٤^(١٩٧) برفض الدعوى أتيح للمحكمة التعبير عن خالص فكرها وموقفها فيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية.

وتخلص الوقائع في أن أمّا رفعت دعوى نفقة لابنتها على الأب الذي دفع تلك الدعوى بإنكار نسب تلك الابنة، الأمر الذي اقتضى وقف دعوى النفقة لحين الفصل في دعوى النسب، والتي استغرق الفصل فيها نهائيا - حوالي أربعة عشر عاما - لصالح ثبوت النسب، ولما جدد نظر دعوى النفقة وجد الأب نفسه ملزما بحكم صدر فيها بأن يؤدي النفقة ومنذ ٧ ديسمبر ١٩٧٣ (تاريخ ميلاد الابنة)، وهنا لم يجد الأب مفرا من الطعن أمام محكمة الاستئناف بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثانيا/٤ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

وتنص تلك الفقرة على أنه «ويستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ الامتناع عن الإنفاق».

ولما وصلت الدعوى إلى المحكمة الدستورية نعى المدعى على تلك الفقرة مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية فيما تقره من قواعد قانونية، بحسبان أن الفقه الحنفي يرى أن نفقة الأولاد لاتستحق عن مدة ماضية وإنما من تاريخ الحكم. وقد رفضت المحكمة الدعوى تأسيسا على مايلي :

- إن المسألة بداءة ليس فيها نص قطعي يقرر حكما فاصلا في شأن جواز اقتضاء الولد لنفقته عن المدة الماضية غير القصيرة ومن ثم يكون الاجتهاد في هذا النطاق مفتوحا.

وقول الحنفية بأن التراخي عن اقتضاء نفقة الولد عن مدة ماضية هو نزول ضمنى عنها، هو إحداث من جانبهم لقريبة قانونية قاطعة لايجوز هدمها ولو قام الدليل على نقيضها وهو افتراض

لايستقيم فى كل الأحوال، ولايعكس الصور الأكثر وقوعاً فى الحياة العملية. وربما كان قول الحنفية ومن شايعهم ملائماً بمقاييس زمانهم حينما كان الوازع الدينى قوياً، وكان أمراً ميسراً كذلك اللجوء إلى قاض يوفّر حلاً ناجزاً بعد فترة وجيزة من عرض النزاع عليه، وهو الأمر المتخلف حالياً مما يتعين معه تغيير الحكم الشرعى بتغيير الزمان.

وهكذا خلصت المحكمة إلى صحة اجتهاد المشرع وتوافقه مع أحكام الشريعة.

٤ - وفى الحكم الصادر بجللسة ١٩٩٤/٨/١٤⁽¹⁹⁸⁾ برفض الدعوى المتعلقة بالطعن على نص المادة ١١ مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والتي تنص على أنه « على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول، ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه، إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها.

فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً، ويسقط حق الزوجة فى طلب التلطيق لهذا السبب ، بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بآخرى....» ذهبت المحكمة بداءة إلى أنه لامصلحة للزوج فى الطعن على القيد الإجرائى بحسبانه مقررًا لصالح الزيجة فقط .

ومن ناحية أخرى ذهبت المحكمة إلى أن النص المطعون فيه قد دل بعبارته على أمرين نفيان معاً حالة مصادرتة للتعدد أو تقييد الحق فيه، أولهما. إن حق الزوجة التى تعارض الزواج الجديد فى التفريق بينها وبين زوجها، لايقوم على مجرد كراهيتها له أو نفورها منه لتزوجه عليها، وليس لها كذلك أن تطلب قضم علاقتها بزوجها بادعاء أن اقترانه بغيرها يعتبر فى ذاته إضراراً بها، وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضرراً منهايا عنه شرعاً قد أصابها بفعل أو امتناع من زوجها، على أن يكون هذا الضرر حقيقياً لا متوهماً، وأقعا لامتصورا، ثابتاً وليس مفترضاً ، مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق فى ذاتها وليس مترتباً عليها. فإن لم تكن هذه الزيجة هى المناسبة التى وقع الضرر مرتبطاً بها، فإن حقها فى التفريق بينها وبين زوجها يرتد إلى القاعدة العامة فى التطبيق للضرر المنصوص عليها فى المادة ٦ من المرسوم بقانون المطعون عليه.

ثانيهما : إن القاضى لايجب إلى طلب التفريق إلا إذا عجز عن الإصلاح وهو الأمر الذى يؤكد أن الضرر المقصود ليس ناشئاً عن الجمع فى ذاته، إذ الضرر الناشئ عن الجمع - وفق ما أمنت به المحكمة وهو الذى يعود إلى المشاعر النفسية التى تعمل فى صدر المرأة تجاه ضررتها، والذى يرجع لتلك الفيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد، ولايخلص هو لإحداهن، وهى بعد غيرة لايمكن تنقية النفوس البشرية منها- لم يقصد النص المطعون فيه إلى إزالته. وترتباً على ماوقر لدى المحكمة من قناعة بأن النص المطعون فيه لايعارض التعدد ولاينظر إليه باعتباره نريعة إلى حرام، ولايتوخى كذلك بلوغ غاية بذاتها يكتنفها الإثم أو يتصل بها، انتهت المحكمة إلى رفض الدعوى .

ولم يفت المحكمة أن تؤكد فى حيثيتها السابقة مباشرة على المنطوق، بأن المعنى المعين الذى تتبناه المحكمة لمضمون نص تشريعى بما يؤدى إلى الحكم برفض المطاعن الدستورية الموجهة إليه، يكون هو الدعامة التى يقوم عليها الحكم لتمتد إليه مع المنطوق الحجية المطلقة والكاملة التى أسيغها

قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها في المسائل الدستورية باعتبارهما متضاممين وكلا غير منقسم. ولا يجوز بعدئذ أية جهة - ولو كانت قضائية - أن تعطى هذا النص معنى مغايراً يجاوز تخوم الدائرة التي يعمل فيها، محددا إطارها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا.

وهذا يعني - مثلاً - أنه لا يجوز للقاضي الذي ينظر الموضوع أن يعتبر أن الزواج بأخرى في ذاته يرتب ضرراً للزوجة الأولى يفرض على الطلاق، كما أنه لا يجوز له وهو يمارس اختصاصه بالإصلاح والتوفيق بموجب نص المادة المطعون عليها أن يدعو الزوج إلى مفارقة زوجته الجديدة، وإنما على القاضي أن يتحقق من أن هناك أضراراً ترتبت على الزواج الثاني كان ذلك الزواج مناسبتها مثل عدم المعاشرة الجنسية للزوجة الأولى أو الاعتداء المادي عليها أو نفوره من مستواها الاجتماعي ومعايرتها به إلخ.

هـ - ولعل أكثر حكم في مجال الشريعة الإسلامية أحدث صدًى وبوى كبير هو حكم النقاب الصادر بجلسة ١٨/٥/١٩٩٦ (198).

وتلخص وقائع هذا الحكم في أن فتاتين منقبتين منعتهما إدارة المدرسة من دخولها استناداً لصدور قرار من وزير التعليم يمنع دخول الطالبة المنقبة للمدرسة، فرفع أبوهما دعوى أمام محكمة القضاء الإداري، التي أحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية قرار وزير التعليم رقم ١١٣ لسنة ١٩٩٤ والمفسر بالقرار رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤ والذي منع دخول الفتاة إلى المدرسة منقبة وإن أجاز دخولها محجبة.

وقد وجدت المحكمة أن تحريم أمر أو شأن من الشؤون لا يتعلق بما هو محتمل، بل بما يكون معلوماً بنص قطعي، وإلا ظل محمولاً على أصل الحل، وكان لادليل من النصوص القرآنية ولأمن السنة الحميدة على أن لباس المرأة يتعين أن يكون احتجاباً كاملاً، متخذاً نقاباً محيطاً بها منسدلاً عليها لا يظهر منها إلا عينيها ومحجريها، ومن ثم فإن إلزامها إخفاء وجهها وكفيها وقدميها - عند البعض - لا يكون تأويلاً مقبولاً ولا معلوماً من الدين بالضرورة.

وهكذا انتهت المحكمة إلى أن القرار المطعون فيه لا يناقض نص المادة الثانية من الدستور ذلك أن لولى الأمر في المسائل الخلافية حق الاجتهاد بما ييسر على الناس شئونهم وبما لا يعطل المقاصد الكلية لشريعتهم.

وأضافت المحكمة أن الاجتهاد السالف من المشرع لا يتوخى غير تنظيم رداء الفتاة - في دائرة المعاهد التعليمية عبر المراحل الدراسية التي حددها - بما لا ينتقص من حياتها أو يمس عفافها أو يشي بعورتها، ومن ثم فإن هذا القرار يدخل في دائرة المباح، ولا يعد اقتتانا على حرية العقيدة، ومن ثم خُصت المحكمة لرفض الدعوى.

ويلاحظ أن الحكم السالف ربما يكون هو الوحيد الذي يتعلق بالطعن على دستورية قرار لائحى وليس قانون لمخالفته للمادة الثانية من الدستور .

ولاشك في أن هذا الحكم قد أزال غيوماً نسبت إلى الإسلام واهتم به الكثير من الفقه الأجنبي (199).

ورغم اتفاق المستشار - سعيد العشماوى (200) مع الحكم السالف في النتيجة إلا أنه رأى أن هناك تزييداً في بعض فقرات الحكم تمثل إسرافاً مما يؤدي إلى نتائج فكرية واجتماعية وسياسية

سيكون لها مردود خطير في المستقبل . ويقوم رأى سيادته على الأفكار الآتية :

١ - إن الحكم لايجيز الاجتهاد في الأحكام الشرعية القطعية وهو ترديد المقولة الدارجة بأنه لا اجتهاد مع وضوح النص، وهذه المقولة تخالف الواقع الإسلامى ويعارضها الكثير من المفكرين.

ونرى أن سيادته لم يوفق في هذا النقد بحسبان أنه لو أجزى الاجتهاد فيما هو قطعى الثبوت والدلالة لانهارت الشريعة الإسلامية ، فكيف يمكن إنكار الصلاة وتوقيتاتها والصوم والزكاة إلخ.

٢ - إن الحكم استعمل تعبير إنكار ما هو معلوم بالضرورة، دون تعريف جامع مانع له مع أن هذا التعبير فقهي وليس شرعى، ولم يرد فى القرآن أو السنة وإنما ابتدعه الفقه المتأخر ليقوع به الحكم حد الردة على من لم يرد وفقا للقواعد الشرعية، وبهذا التعبير الغامض يمكن معاقبة أى مسلم بالقتل لأى عمل يرى فيه القاتل أو من يحرضه إنكارا لما هو معلوم من الدين بالضرورة.

ونرى أن أى قارئ للحكم سوف يترك أن ما هو معلوم من الدين بالضرورة هو الأحكام قطعية الثبوت والدلالة، ومن ثم فإن المحكمة لم تفتح حقيقة بابا للتطرف والإرهاب ، كما أن هذا الأمر الأخير موضوع آخر لاعلاقة له بالحكم ولايجوز التقرير بالردة إلا بمعرفة الدولة وبحكم قضائى.

٣ - جاء فى أسباب الحكم أنه ليس للمرأة أن تطلق إرادتها فى اختيارها لزيها ويمرعاة أن هيئة ثيابها ورسمها لاتضبطها نصوص مقطوع بها سواء فى ثبوتها أو دلالتها، لتكون من المسائل الاختلافية التى لاينفلق الاجتهاد فيها، بل يظل مفتوحا فى إطار عام حددته النصوص القرآنية ذاتها، ليخرج لباس المرأة بذلك عن أن يكون من الأمور التعبدية التى لاتبدل فيها، بل يكون لولى الأمر السلطة الكاملة التى يشرع بها الأحكام العملية فى نطاقها، فى إطار من ضابط عام وهو تحقيق الستر بمفهومه الشرعى ليكون لباس المرأة تعبيراً عن عقيدتها.

ويرى سيادته أن الحكم فى الفقرة المذكورة انطوى على بعض الاضطراب والتناقض، إذ بينما يقرر أن ثياب المرأة ورسمها لايضبطها نصوص مقطوع بها سواء فى ثبوتها أو دلالتها يعود فيقول إن ضابطها هو التستر بمفهومه الشرعى ليكون لباس المرأة تعبيراً عن عقيدتها، فكيف يكون مايعبر عن العقيدة ليس من العقيدة ؟.

ويمكن الرد على ذلك أن مقصد الحكم الواضح من ثياب المرأة ورسمها التى لاتضبطها نصوص مقطوع بها هو شكل هذه الثياب وتكوينها أما الضابط العام لسلطة المشرع الذى هو التستر بالمفهوم الشرعى فهو ما عبرت عنه المحكمة بقوله تعالى « وليضربن بخمرهن على جيوبهن»، «ولايبدن زينتهن إلا ماظهرمنها»، « يدين عليهن من جلابيبهن»، «ولايضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن».

ومع مراعاة هذا الضابط العام المذكور يسترد المشرع سلطته التقديرية فى الاجتهاد والتنظيم دون أن يصل الأمر إلى فرض النقاب بحسبانه غير مفروض أصلا، ولأن فى فرضه مجاوزة لحدود العقيدة.

٦ - وبالحكم الصادر بجلسة ١٦/١١/١٩٩٦⁽²⁰¹⁾ أتيح للمحكمة أن توضح موقفها من الربا إذ طعن على نص المادة (١٧٢) من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بمخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية .

ولاحظت المحكمة أن النص الطعين يفرض مقابل تأخير على التأخير فى توريد الضريبة الواجبة الأداء، الأمر الذى لم تعتبره المحكمة من قبيل ربا الديون المحرم شرعا. ونهبت المحكمة إلى أن ذلك

الربا في صورته المتفق عليه يفترض اتفاق طرفيه على زيادة في الأجل يمنحها الدائن للمدين لتقابلها وتعوض عنها زيادة في أصل الدين يقبلها المدين ، فلا يكون للدائنين ربح أموالهم بل يظلمون - انتهازا أو استغلالا - بقدر مازاد فيها مقابل تأجيل الدين أيا كان سببه، ولا كذلك الجزء المقرر بالنص المطعون فيه إذ يتمثل في تعويض مقدر وفق الأسس التي بينها، بقصد حمل الملتزمين بدین الضريبة على الوفاء بها في الأجل المحددة قانونا، ضمانا لحصول الدولة على الموارد اللازمة لمواجهة نفقاتها، وعليه انتهت المحكمة لرفض الدعوى.

وهكذا يمكن أن نقول إن إيقاع الجزاء طالما لا يرتبط بمهلة جديدة تمنحها الدولة لمدينها بالضريبة، وإنما يتوخى ردع المدين إذا ما طل في الأداء فلا ربا، ويؤيد ذلك أن مصدر الجزاء المباشر هو القانون في نطاق علائق القانون العام.

المطلب الثالث

رأينا في الموضوع

تلاحظ لنا بعد التعمق في قراءة أحكام المحكمة المتعلقة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، قدرة فائقة وغير منكورة من أعضائها على فهم وتبسيط وعرض أحكامها واستخراج كنهها، وقد تبين لنا أن قليلا من الأحكام هي تلك التي انتهت فيها المحكمة إلى عدم دستورية النص تطبيقا لأحكام الشريعة بخلاف الحالة العكسية .

ونحب أن نوضح الأمور التالية فيما يتعلق بتطبيق الشريعة:

١ - عندما يتعلق الطعن بقانونين أحدهما سابق والآخر لاحق للتعديل الدستوري سنة ١٩٨٠ أو عندما يكون هناك ارتباط بين نص سابق على التعديل وآخر لاحق مما يقتضي القضاء بسقوط اللاحق لعدم دستورية السابق، فإنه من الطبيعي - وحسبما رأينا - أن يكون من حق المحكمة أن تفحص النص السابق إضافة إلى النص اللاحق من حيث مدى توافقه مع أحكام الشريعة، وهذا أمر طبيعي إذ لا يعقل والنصان مرتبطان بمصلحة المدعي أن ترفض المحكمة قياس النص السابق وفق أحكام الشريعة ، ثم تذهب في ذات الحكم لقياس النص اللاحق وفق تلك الأحكام ، إذ لو فعلت المحكمة ذلك لوصم حكمها بالتناقض.

وقد ضربنا فيما سلف مثالين لهذا الأمر (202).

٢ - يحدث أن القانون محل الطعن يسبق التعديل الدستوري ومن ثم لامتجال لفحصه من حيث مدى اتفاه أو اختلافه مع الشريعة الإسلامية ، إلا أن المحكمة أحيانا تشير إلى مخالفته للشريعة الإسلامية في معرض أسبابها، ومن ضمن العديد من الأسباب الأخرى المؤدية للقضاء بعدم دستوريته ، وتغفل بالطبع عاصمة الإشارة في نهاية الأسباب إلى مخالفة النص للمادة الثانية من الدستور .

ويحضرنا هنا مثالان لتوضيح الأمر أحدهما صريح والآخر ضمني :

(١) الحكم الصادر بجلسة ١٦/٥/١٩٩٢ (203) بعدم دستورية البند (أ) من المادة العاشرة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادر بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ فيما نص عليه من حد أقصى لما يرد من الأموال «ثلاثين ألف جنيه» بغية تنويع الفوارق بين الطبقات ، حيث

ذهبت المحكمة إلى أن ذلك النص مؤداه تقليص الدور الاجتماعي للملكية والنيل من الحوافز الفردية وإهدار القيم الرفيعة التي يعلو بها قدر العمل وإعادة توزيع ناتجه، بما يحد من قدرة المواطن على الإبداع والابتكار وتحقيق نوع من المعاملة الخافضة للمنافية للتقدم ويجعل التضامن الاجتماعي لغوا، وفوق هذا أكدت المحكمة على أن النص يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية .

(٢) الحكم الصادر بجلسة ١٨/٣/١٩٩٥ (204) بعدم دستورية البند السادس من المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وذلك فيما نص عليه من ألا يعين عضو بمجلس الدولة يكون متزوجاً بلُجُنْبِيَّة.

فرغم أن المحكمة قد أسست قضائها المذكور على المواد ٩، ١٢، ١٣، ٤٠، ٤١، ٤٥ من الدستور، فإنها لم يفتحها الإشارة إلى موقف الشريعة الإسلامية عندما أكدت على أن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية، تؤكد الحق في الحياة الخاصة بنيتها عن التلصص على الناس وتعقبهم في عوراتهم بقوله تعالى «ولا تجسسوا»، وهي كذلك تحض على الزواج لمعان اجتماعية ونفسية ودينية باعتباره عقدا يفيد حل العشرة - على وجه التأييد - بين الرجل والمرأة ويكفل تعاونهما . والنصوص القرآنية تدعو إليه وتصرح به، إذ هو مستقر الأنفس وقاعدة أمنها وسكنها.

والمتمعق في حكم المحكمة يشعر أنها تشير ضمنا إلى مخالفة الحظر لأحكام الشريعة الإسلامية إذ إنها لاتحظر الزواج بأجنبية.

ونرى أن هذا الاتجاه محمود من المحكمة إذا طالما أنها ستتجه أصلا إلى القضاء بعدم دستورية القانون لأسباب أخرى غير مبادئ الشريعة الإسلامية فلا بأس أن توضح موقف الشريعة الإسلامية كنوع من التعليم والتدريب لكل من يتطلع ويقرأ حكم المحكمة، خاصة المشرع والذي لوحظ مؤخرا حرصه في إصدار التشريعات على ضوء مايجرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا باعتبار أن تحديد أبعاد ومضمون أحكام الدستور إنما يتقرر في حدود مايصدر عن هذه المحكمة من قواعد ومبادئ ، بحيث يكون الفهم المعتمد للدستور هو ذلك الفهم الذي ترسيه المحكمة الدستورية العليا (205).

٣ - استقرت المحكمة على أن الأحكام الشرعية صنفان (206) :

أولها : تلك القطعية الثبوت والدلالة ، وهذه وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لاتحتمل تأويل أو تبديلا . ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولايجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها.

وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها، وتغليبه على كل قاعدة قانونية تعارضها.

ويكون قيام المشرع بإقرار أية قاعدة قانونية على خلافها تشهيا وإنكارا لما علم من الدين بالضرورة.

وهكذا يمكن القول إن اختصاص المشرع حين إذ اختصاص مفيد تحت رقابة المحكمة وأن أي قانون أو لائحة يمس بتلك الأحكام يعد - في تقديرنا- مشبوها في دستوريته من واجهته بحيث تنقلب

قريئة الدستورية الثابتة لصالح القوانين إلى قريئة عكسية ضد صحتها ، وعلى المشرع أو مصدر اللائحة أن يدافع عن دستوريته.

وإذا كانت فكرة القوانين المشبوهة غير معروفة في مصر بخلاف أمريكا فقد أن أوأن إقرارها صراحة على الحالة السالفة . ومن أمثلة تلك القوانين إصدار قانون يخل بأحكام الموارث الثابتة بالقرآن أو يعترف بحقوق اجتماعية لأسر الجنس الواحد.

ولم نعثر على حكم حتى الآن أثبت مخالفة لأحكام قطعية الثبوت والدلالة ربما لأن الوازع الديني يمنع المشرع من السقوط في هذه الهاوية.

ثانيها : الأحكام الشرعية الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو هما معا ، وهي تلك التي تنحصر فيها دائرة الاجتهاد ولا تمتد لسواها ، وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان ، لضمان مرونتها وحيويتها ، ولواجهة التوازن على اختلافها ، تنظما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعترية شرعا ، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة ، على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا في إطار الأصول الكلية للشرعية بما لا يجاوزها ملتزما ضوابطها الثابتة ، متحررا منهاج الاستدلال على الأحكام العملية ، والقواعد الضابطة لفروعها ، كافلا صون المقاصد العامة للشرعية ، بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال⁽²⁰⁷⁾.

وهكذا يمكن القول أن للمشرع أو مصدر اللائحة اختصاص تقديري في إطار الضوابط السالفة.

والسلطة التقديرية ليست سلطة مطلقة وليست بعيدة عن رقابة المحكمة ، ولكن يطلب حين إذ من المحكمة أن تتمسك بالتقيد الذاتي لنفسها قدر الإمكان حال مخالفة اجتهادها لاجتهاد المشرع أو السلطة اللائحية ، فلا تسعى المحكمة إلى وضع اختياراتها هي محل اختيارات مصدر القانون أو اللائحة إلا في أضيق الحدود ، وكلما تعذر ضبط اجتهاد الأخير وفق المقاصد الكلية للشرعية.

هذا وتعتبر الأحكام التي صدرت من المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية لمخالفة الشريعة الإسلامية كلها تتعلق بهذا النوع الثاني من الأحكام.

وعلى الإجمال فإن الاستئناس برأى المفتي سيكون أعم للفائدة في كلتا الحالتين وهو مانع من المحكمة إليه.

هوامش الباب الثالث

- (1) ينص العبارة حرفياً
I have always believed that the First Amendment is the keystone of our Government, that the freedoms it guarantees provide the best insurance against destruction of all freedom.
Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 580 (1951).
- (2) راجع القضية في
485 U.S. 439 (1988).
- (3) ورد بالرأى المحتج حرفياً العبارة التالية:
The majority did not address this conflict in any meaningful fashion
Lyng, 485 U.S. at 460-61 (Brennan J., dissenting)
- (4) راجع في مفهوم الرأى المحتج ص٢٤٧ من هذه الرسالة .
- (5) راجع في التفاصيل مقالة :
Alfred J. Sciarino, The Rehnquist Court's Free Exercise Collision on the Peyote Road, 23 Cumberland Law Review, 1993, p.319. s.
- (6) قارن تحليل أحكام المحكمة الدستورية العليا المتعلقة بالشريعة الإسلامية ، ص ٢٢١ وما بعدها من هذه الرسالة .
- (7) راجع للقضية في
494 U.S. at 872 (1990).
- (8) ورد بالحكم حرفياً:
We have never held that an individual's religious beliefs excuse him from compliance with an otherwise valid law prohibiting conduct that the State is free to regulate.
- راجع في ذلك قضية Smith
- 494 U.S. at 878 - 879.
- (9) راجع في التفاصيل:
Alfred J. Sciarino, Cumberland L.R., Op. cit, p.346-348.
- (10) يلاحظ أنه لا يتصور في مصر أن تكون هناك حرية ممارسة لديانة ليست من الديانات الثلاث وتشكل الشريعة الإسلامية ضابطاً متميزاً لضبط إيقاع مثل هذه الأمور. راجع في الشريعة الإسلامية ص٢٢١ وما بعدها من هذه الرسالة .
- (11) راجع في التفاصيل مقالة :
Linda R. Crane, Family Values and the Supreme Court, 25 Connecticut L.R., 1993, p. 427. s.
- (12) هناك فارق جوهري بين اختصاصات حكومة الولايات واختصاص الحكومة المركزية إذ إن الأخيرة لا تملك من السلطات إلا ما ورد به النص صراحة في الدستور . أو كان نتيجة ضرورية للسلطات المصرح بها. في حين تملك حكومة الولايات اختصاصاتاً تنظيمية عاماً أساسه السلطة البوليسية التي هي سلطة الحد من الحرية والملكية بقصد حماية الأمن والصحة والأخلاق وتحقيق الرفاهية العامة.
- راجع رسالة د/ أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢ وما ذكرناه بهذه الرسالة حول الفيدرالية.
- (13) راجع القضية في
441 U.S. 380 (1978).
- (14) ينص التعديل الرابع عشر للدستور على أنه :
لا يحق لأي ولاية أن تحرم شخصاً من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الكامل، ولا يحق لها أن تحرم أي شخص داخل نطاق سلطاتها من المساواة في الحماية أمام القانون.
- (15) راجع القضية في :
441 U.S. 347 (1979) .
- (16) راجع شرح الآراء الموافقة ص٤٨٧-٤٨٨ من هذه الرسالة .
- (17) راجع القضية في :
491 U.S. 110 (1989).
- (18) مقارب لأحكام الشريعة الإسلامية الفراء التي تقر أن الولد للفراش.
- (19) الوسائل القانونية السليمة هو تعبير عن ضرورة تحقق مستوى معين من النزاهة والعدالة في كافة الإجراءات المؤنية إلى تطبيق القانون وذلك في المسائل الجنائية والمدنية والإدارية على حد سواء وفي هذا المجال لا يكون شرط الوسائل القانونية السليمة مانعاً من تعرض السلطات العامة لحياة الأفراد وحررياتهم وممتلكاتهم ، وإنما يكون مبنياً على « الوسيلة » التي يتم بها هذا التعرض في حدوده الموضوعية.
- راجع في ذلك رسالة د / كمال أبو المجد. المرجع السابق، ص ٩٩٢، ٩٩٣.
- (20) تقول المحكمة عن المصلحة ولجبة الحماية وفق التعديل (١٤)
...it must be one traditionally protected by our society.

ورد في وصف المصلحة للدعاة بأنها ليست

... so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental.

ويلاحظ أن هذه العبارة مقبسة حرفياً من حكم قديم للمحكمة العليا في قضية Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97, 105 (1934).

(21) راجع مقالة :

Linda R. Crane, Family Values and the Supreme Court, Op. cit., p. 449 - 450.

(22) راجع حق الملكية في مصر ص ١٩٤ ومابعدها من هذه الرسالة .

(23) راجع ترجمة باللغة العربية للدستور الأمريكي بنهاية كتاب قضايا دستورية ، ترجمة للسنتشار / ياقوت العشماوى، دار المعارف ، ١٩٨٨ ، ص ٤٩٥ ومابعدها .

112 S. Ct. 1105 (1992) .

(24) راجع تلك القضية في

(25) تنص تلك الفقرة من الدستور على أنه « لا يحق لأية ولاية أن تصبح طرفاً في أية معاهدة أو تحالف أو تصدر أى أو أى قانون يعمل أو يضعف التزامات التعاقد..... » .

(26) راجع :

Yee v. City of Escondido, 112 S. Ct. 1522 (1992).

Nordlinger v. Hahn, 112 S. Ct. 2326 (1992)

(27) راجع

(28) راجع

112 S. Ct. , 2886 (1992).

(29) راجع فى التفاصيل :

Erwin Chemerinsky, is the Rehnquist Court Really that Conservative?, 26 Creighton L.R., 1993, p. 990 .s.

(30) كانت محكمة رنكوست فى بداية عهدها قد أكدت هذا الاتجاه فى قضيتين شهيرتين خاصيتين بالاستيلاء، وفى الأولى انضم رنكوست إلى رأى الأغلبية الذى كتبه سكاليا وفى الثانية كتب الحكم بنفسه، وهذا يثبت أن المحكمة مع حق الملكية ولكن تنتظر القضية المناسبة. وتلخص وقائع القضية الثانية فى أن الكنيسة التابعة لمارتن لوثر تمتلك منطقة للتنزه واللب بجوار جنود صغير وحدث حريق بالغابة الوطنية التى تملكها الحكومة بجوار المنطقة . ثم فى موسم الأمطار التالى حدث فيضان أدى لتهدم المبانى المملوكة للكنيسة وحينئذ أصدرت الولاية قانوناً يمنع إنشاء أى مبنى بجوار الجنود لأنه سيتعرض لأخطار الفيضان ، ومن ثم لم تستطع الكنيسة بناء ماتهدم من مبانيها وغدت عديمة النفع ولا لجان الكنيسة للقضاء . قضت المحكمة العليا بكاليفورنيا بعدم أحقيتها فى التعويض وهو الأمر الذى نقضته المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حيث قضت بضرورة التعويض عن المالك طوال فترة الحرمان منه .

راجع القضية الأولى :

Nollan v. California Coastal Commission, , 483 U.S. 825 (1987).

وراجع القضية الثانية التى عرضنا لوقائعها :

First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. Los Angeles County, 482 U.S. 304 (1987).

وقد تناولهما كتاب :

An Essential Safeguard, Op. cit., p. 150- 156.

(31) راجع فى عرض قيم لقضية براون ، رسالة د . أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤١٦ ومابعدها .

(32) راجع القضية فى : 488 U.S. 469 , 477 (1989) .

Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980).

(33) راجع :

(34) تنص الفقرة الخامسة من التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى على أنه « تكون للكونجرس ، بواسطة التشريع المناسب سلطة تنفيذ نصوص هذه المادة » .

(35) وقد ورد بالحكم كما كتبه القاضية ساندرا حرفياً مايلي :

City of Richmond ignored the fact that Congress, unlike any State or political subdivision, has a specific constitutional mandate to enforce the dictates of the Fourteenth Amendment. The power to "enforce" may at times also include the power to define situations which Congress determines threaten principles of equality and to adopt prophylactic rules to deal with those situations.

488 U.S. 469,477 (1989).

راجع

111 S. Ct. 630,633 (1991) .

(36) راجع للقضية فى

وفى Donald E. Lively, The Constitution and Race, Praeger, 1992, p.127.

(37) راجع فى شرح أكثر عن ال " Certiorari " ، ص ١١٧ من هذه الرسالة .

(38) راجع فى التفاصيل مقالة:

Johnathan P. Nelson, The Emergence of Decontextualization, 29 Willamette L.R., 1993, p. 684-685.

(39) ويقول القاضى مارشال حرفياً:

..in order to get beyond racism, we must first take account of race.

راجع فى ذلك مقالة

Johnathan P. Nelson, Op. cit., p. 685.

(40) ينص التعديل الرابع على أنه لمن يعتدى على حق الشعب فى أن يكون آمناً فى أشخاصه ودياره وأوراقه ومقتنياته، ضد

أعمال التفتيش والاعتقالات غير المعقولة وإن يصدر أمر باعتقال أي شخص مالم يكن هناك سبب مرجح ، يؤيده قسم أو يؤكد ، على شرط أن يوضح على الأخص المكان الذي سيجري تفتيشه والأشخاص أو الأشياء التي ستضبط .

- وينص التعديل الخامس على أنه « لن يجبر أي شخص على الإجابة فيما يتعلق بجريمة كبيرة أو شائنة إلا بناء على تقديم شكوى أو عرضة اتهام من هيئة المحلفين الاتهامية كما أنه لن يكون أي شخص عرضة للاتهام بسبب الإساءة نفسها ، مرتين ، فتعرض حياته أو أعضائه جسده للخطر ، وإن يجبر في قضية جنائية على أن يكون شاهداً ضد نفسه ، وإن يهرم شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون ... »

- وينص التعديل السادس على أنه « في جميع المحاكمات الجنائية يجب أن يتمتع المتهم بحقه في محاكمة سريعة علنية بواسطة محلفين غير متحيزين ينتمون إلى الولاية والناحية التي تكون الجريمة قد ارتكبت فيها ، وتكون هذه الناحية قد سبق تحديدها وتعيينها بواسطة القانون . كما أنه يجب أن يبلغ طبيعة وسبب الاتهام ، وله أن يواجه الشهود ضده وأن يحصل على التسهيلات القانونية الإغامية لاستدعاء شهود يؤيدونه ، وأن يستعين بمحاميين للدفاع عنه .

- وينص التعديل الثامن على أنه « لا يطلب دفع كفالات مبالغ فيها ولا تفرض غرامات زائدة عن الحد ، ولا توقع عقوبات قاسية وغير مألوفة

- وينص التعديل (١٤) على أنه « ... لايجز لأي ولاية أن تحرم شخصاً من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل ،

- راجع في ذلك ترجمة الدستور الأمريكي ، للمستشار ياقوت العشماوي ، المرجع السابق.

(41) راجع رسالة د/ أبو الجد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ ومابعدها ، وقارن ذلك بالحقوق الجنائية في مصر ص ٢٠٨ ومابعدها من هذه الرسالة

(42) راجع في التفاصيل مقالة:

Christopher E. Smith and Avis Alexandria Jones, The Rehnquist Court's Activism and the Risk of Injustice, 26 Connecticut Law Review, p. 62-63.

(43) راجع .

Teague v. Lane , 489 U.S. 288 (1989).

Perry v. Lydaugh , 492 U.S. 302 (1989).

(44) راجع تلك القضية في :

494 U.S. 407 (1990).

(45) راجع :

Arizona v. Roberson, 486 U.S. 675 (1988).

(46) " IQ " هو اختصار كلمة " Intelligence Questionnaire " وهو عبارة عن تحليل لقدرات الطفل بسؤاله أسئلة معينة توضح درجة نموه العقلي (الباحث).

(47) راجع في التفاصيل صحيفة الواشنطن بوست الأسبوعية ، العدد الصادر بتاريخ ١٨/٦/١٩٩٠ ، الطبعة ١١.

(47) راجع القضية في :

111 S.Ct. 1454 , 1459 (1991).

(48) راجع مقالة:

Christopher E. Smith and Avis Alexandria Jones, Op.cit., p 69-71.

(49) راجع في مبدأ الفصل بين السلطات ، رسالة د . أبو الجد . المرجع السابق ، ص ١١٩ ومابعدها ، وراجع تطبيق للمبدأ في مصر في الدعوى رقم ٢٧ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/٨/٢ مشار إليها بهذه الرسالة ص ٢١٤ . ٢١٥

(50) راجع : Archibald Cox, The Court and the Constitution, Boston, Houghton Mafflin Company, 1987, p. 42-43.

(51) راجع :

Louis Fisher, American Constitutional Law, New York: McGraw-Hill, 1990, p. 217.

(52) راجع

United States v . Nixon, Op. cit.

(53) راجع في التفاصيل .

Christopher E. Smith, Politics in Constitutional Law, Nelson - Hall Publishers / Chicago, 1992, p. 9. s.

(54) راجع القضية في

478 U.S. 714 , 1986.

(55) راجع القضية في

108 S.Ct . 2597 (1988).

(56) تنص المادة ٢/٢ من الدستور على أنه سيكون للرئيس بناء على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ تعيين السفراء ، وغيرهم من الوزراء ، المرمومين والقناصل ، وقضاة المحكمة العليا وجميع موظفي الولايات المتحدة الآخرين الذين لم يرد هنا نص خاص بمناصبهم ، والتي سيتم إنشائها بواسطة القانون ، غير أن الكونجرس يمكنه أن يخلو سلطة التعيين في أمثال الوظائف الأقل من هذه أو حسيما يراه مناسباً للرئيس وحده أو لحاكم القضاء أو لرؤساء الإدارات .

(57) راجع القضية في

أعمال التنشيط والاعتقالات غير المعقولة وإن يصدر أمر باعتقال أى شخص مالم يكن هناك سبب مرجح ، يؤيده قسم أو يؤكده ، على شرط أن يوضح على الأخص المكان الذى سيجرى تفتيشه والأشخاص أو الأشياء التى ستضبطه.

- وينص التعديل الخامس على أنه « لن يجبر أى شخص على الإجابة فيما يتعلق بجريمة كبيرة أو شائنة إلا بناء على تقديم شكوى أو عريضة اتهام من هيئة المحلفين الاتهامية كما أنه لن يكون أى شخص عرضة للاتهام بسبب الإساءة نفسها ، مرتين ، فتعرض حياته أو أعضائه جسده للخطر ، ولن يجبر فى قضية جنائية على أن يكون شاهداً ضد نفسه ، ولن يحرم شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون... »

- وينص التعديل السادس على أنه « فى جميع المحاكمات الجنائية يجب أن يتمتع المتهم بحقه فى محاكمة سرورية علنية بواسطة محلفين غير متحيزين ينتمون إلى الولاية والناحية التى تكون الجريمة قد ارتكبت فيها ، وتكون هذه الناحية قد سبق تحديدها وتعيينها بواسطة القانون. كما أنه يجب أن يبلغ بطبيعة وسبب الاتهام ، وله أن يواجه الشهود ضده وأن يحصل على التسهيلات القانونية الإلزامية لاستدعاء شهود يؤيدونه ، وأن يستعين بمحامين للدفاع عنه.

- وينص التعديل الثامن على أنه « لا يطلب دفع كمالات مبالغ فيها ولا تفرض غرامات زائدة عن الحد ، ولا توقع عقوبات قاسية وغير ملائمة

- وينص التعديل (١٤) على أنه « ... لا يحق لأى ولاية أن تحرم شخصاً من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل.

- راجع فى ذلك ترجمة الدستور الأمريكى ، للمستشار ياقوت العشماوى ، المرجع السابق.

(41) راجع رسالة د/ أبو الجعد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ وما بعدها ، وقارن ذلك بالحقوق الجنائية فى مصر ص ٢٠٨ وما بعدها من هذه الرسالة .

(42) راجع فى التفاصيل مقالة:

Christopher E. Smith and Avis Alexandria Jones. The Rehnquist Court's Activism and the Risk of Injustice, 26 Connecticut Law Review, p. 62-63.

(43) راجع :

Teague v. Lane , 489 U.S. 288 (1989).

Penry v. Lynaugh , 492 U.S. 302 (1989).

494 U.S. 407 (1990).

(44) راجع تلك القضية فى :

(45) راجع :

Arizona v. Roberson, 486 U.S. 675 (1988).

(46) " IQ " هو اختصار كلمة " Intelligence Questionnaire " وهو عبارة عن تحليل لقرارات الطفل بسؤاله أسئلة معينة توضح درجة نموه العقلى (الباحث).

(47) راجع فى التفاصيل صحيفة الواشنطن بوست الأسبوعية ، العدد الصادر بتاريخ ١٨/٧/١٩٩٠ ، الطبعة ١١.

(47) راجع القضية فى :

111 S.Ct. 1454 , 1459 (1991).

(48) راجع مقالة:

Christopher E. Smith and Avis Alexandria Jones, Op.cit., p 69 -71.

(49) راجع فى مبدأ الفصل بين السلطات ، رسالة د. أبو الجعد ، المرجع السابق ، ص ١٩٩ وما بعدها ، وراجع تطبيق للمبدأ فى مصر فى الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/٨/٢ مشار إليها بهذه الرسالة ص ٢١٤ - ٢١٥ .

(50) راجع :

Archibald Cox, The Court and the Constitution, Boston, Houghton Maffin Company, 1987, p. 42-43.

(51) راجع :

Louis Fisher, American Constitutional Law, New York: McGraw-Hill, 1990, p. 217.

(52) راجع

United States v. Nixon, Op. cit.

(53) راجع فى التفاصيل :

Christopher E. Smith, Politics in Constitutional Law, Nelson - Hall Publishers / Chicago, 1992, p. 9 .

(54) راجع القضية فى

478 U.S. 714 , 1986.

(55) راجع القضية فى

108 S.Ct. 2597 (1988).

(56) تنص المادة ٢/٢ من الدستور على أنه سيكون للرئيس بناء على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ تعيين السفراء ، وغيرهم من الوزراء العموميين والقناصل ، وقضاة المحكمة العليا وجميع موظفى الولايات المتحدة الآخرين الذين لم يرد هنا نص خاص بمناصبهم ، والتى سيتم إنشائها بواسطة القانون ، غير أن الكونجرس يمكنه أن يخلو سلطة التعيين فى أمثال الوظائف الأقل من هذه أو حسبما يراه مناسباً للرئيس وحده أو لمحكمة القضاء أو لرؤساء الإدارات.

(57) راجع القضية فى

الاجتماع الثاني المنعقد في ١٩٧١/٧/٨.

- (81) راجع التقرير القيم لهيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في القضية محل التعليق والذي أعده المستشار المساعد / عبد الوهاب عبد الرازق
- (82) راجع د. عادل خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية، المرجع السابق، ص ١٦٠.
- (83) تنص المادة (٤٧) من الدستور على أن « حرية الرأي مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون ». والنقد الذاتي والنقد البناء ضمان سلامة البناء الوطني.
- (84) أشار تقرير هيئة المفوضين إلى هذه الفكرة في القضية محل التعليق إلا أن المحكمة لم تشر إليها.
- (85) الدعوى رقم ٢٧ لسنة ٩ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٠/٥/١٩ ، الجزء الرابع ، ص ٢٩٦ .
- (86) راجع في استعراض الحكم بحث الدكتور يحيى الجمل ، بعنوان « الحماية القضائية للحق في المشاركة السياسية » ، غير منشور ، ص ١٨ وما بعدها
- (87) تناولنا هذه الفكرة بالتفصيل في الباب الخامس من هذه الرسالة حال البحث عن مدى إمكانية الحد من دور المحكمة الدستورية العليا
- (88) انظر ندوة استقلال القضاء ، محاضرة الأستاذ الدكتور/ أحمد كمال أبو المجد ، منشورة في مجلة القضاء، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠
- (89) انظر عرض تفصيلي لرأي الدكتور كمال أبو المجد بمذكرتيه الأصلية والتكميلية بشأن الدعوى رقم ٢٧ لسنة ٩ ق دستورية المؤرختين ١٩٩٠/٤/٥ ، ١٩٩٠/٤/٢٤ ، بناء على طلب السيد رئيس هيئة قضايا الدولة ، وهو يمثل وجهة النظر المعارضة لحكم المحكمة ، رغم أنه يسبق تاريخاً الحكم محل التحليل الصادر في ١٩٩٠/٥/١٩ .
- (90) وقد عبرت المحكمة العليا الأمريكية عن هذا المعنى في حكم قديم لها أصدرته سنة ١٩١٢ في قضية - *Traux V Casriy* ٣١٢ U.S. 1257 حيث قضت المحكمة بأن : *Classification must be reasonable ... it must regard real resemblances and real differences between things and class them in accordance with the pertinence to the purpose in hand.*
- (91) راجع بحث د / محمود عاطف البنا ، بعنوان « مفاهيم أساسية حول الحكم ببيان تشكيل مجلس الشعب وكيفية تنفيذه » ، مجلة القضاء ، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠ .
- (92) راجع د/ عبد المنعم محفوظ ، القضاء الدستوري في مصر ، بدون دار نشر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩١ ، ص ٣٧٢ وما بعدها .
- (93) في ذات الاتجاه ، د محمد عصفور ، هل تحول القضاء الدستوري إلى قضاء سياسي ، الوفاء ١٧ يوليو ١٩٩١ ، حيث اعتبر أن الحكم قد تزايد وتناقض ، بما يمثل نموذجاً لتحول القضاء الدستوري إلى قضاء سياسي يستهدف إفساء الشرعية على ما هو غير مشروع وغير دستوري
- (94) راجع بحث مستشار دكتور / فتحي عبد الصبور ، بعنوان « الرقابة الدستورية » ، جريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٠/٥/١٦ نقلاً عن د/ عبد المنعم محفوظ ، القضاء الدستوري في مصر ، المرجع السابق ، ص ٢١١ .
- (95) راجع د/ عادل خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية، المرجع السابق ، ص ١٨٦-١٨٨ .
- (96) راجع شرح تفصيلي للأحكام التي أخذت بمعيار الأثر التمييزي وتلك النادرة التي أخذت بمعيار القصد التمييزي ، د/ عادل خليل ، المرجع السابق ص ١٧٦ وما بعدها .
- (97) راجع مذكرة د/ كمال أبو المجد التكميلية بالرأي القانوني في شأن دستورية بعض نصوص قانون انتخاب مجلس الشعب رقم ١٦ لسنة ١٩٨٠ ، المرجع السابق ، غير منشورة .
- (98) راجع في هذا الرأي د/ محمد قدرى حسن ، الاستفتاء ، في النظام الدستوري المصري ، ١٩٩١ ، ص ٨٨ .
- (99) ومثال الفقهاء الذين رفضوا أي وسيلة قانونية بخلاف الحكم ، الدكتور سليمان الصاوي - رحمه الله عليه - إذ يقرر في تعليقه على الحكم المنشور بمجلة العلوم الإدارية ، السنة ٣٢ ، العدد الأول يونيو ١٩٩٠ ، ص ٢٤١ أنه « إذا كانت المادة (١٣٦) من الدستور قد استحدثت ضمانات لمقابل لها في جميع دساتير مصر السابقة . ونعني بها عدم جواز حل مجلس الشعب إلا بعد استفتاء ، فإن المادة (١٣٦) تفترض حل مجلس شكله تشكيلاً سليماً ومطابقاً للدستور . والأعمال التفضيلية تقطع بأن الاستفتاء قد اشترط كضابط موازن لحق الحكم في حل مجلس الشعب ، لأن التجارب السابقة تقطع - بما لا يدع مجالاً للشك - بأن المجالس النيابية في مصر منذ دستور سنة ١٩٣٢ كانت ضحية لإساءة استعمال حق الحل من قبل الحكومة ، فقررت ضمانات الاستفتاء ، إقامة نوع من التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، أما الحالة التي نحن بصددنا فهي مختلفة تماماً ، لأنها تتعلق ببيان تشكيل المجلس في ذاته ، ولا يستطيع الاستفتاء الشعبي - بغير الأسلوب المقرر في الدستور - أن يصحح هذا البطلان لأن الأصل المقرر - والذي لا خلاف عليه - أن على الشعب وجميع سلطات الدولة أن تحترم الدستور ، وإذا أراد أن يخرج عليه فعليها أن تعله أولاً ، أو تلتفيه وتصدر دستوراً جديداً ، ولكنها لاتستطيع أن تخرج عليه مادام قائماً ومعتقداً ، ولهذا فإن أي إجراء يتخذه رئيس الجمهورية تنفيذاً لحكم المحكمة الدستورية العليا ببيان تشكيل مجلس الشعب لايتطلب إجراء استفتاء » ويسير في ذات الاتجاه الرافض للاستفتاء ، للمستشار / يحيى الرفاعي ، الشعب ، ١٩٩٠/٧/٣١ ، والدكتور/ سمعاد الشرفاوي ، الأهرام ، ١٩٩٠/٧/٧ ، والأستاذة / جيهان فوزي (الحامية) ، الأحرار ، ١٩٩٠/٧/٢٥ .
- (100) راجع بحث د/ يحيى الجمل ، الحماية القضائية للحق في المشاركة السياسية، المرجع السابق ، ص ٢٣ - ٢٤ .
- (101) راجع في المادة (٧٤) من الدستور بتفصيل أكثر ، دكتور جورجى شفيق سارى ، الحماية القضائية في مواجهة الإجراءات والتدابير المخففة بنا على المادة ٧٤ من الدستور ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .
- (102) راجع الدعوى رقم ١٤ لسنة ٨ ق ، تنازع ، جلسة ١٩٩٢/٧/٢٩ ، الجزء الخامس ، المجلد الأول ، ص ٤٢٩ .

- (103) كانت المحكمة قد انتهت في هذا الحكم إلى القضاء باختصاص قضاء القيم بالفصل في النزاع، واعترض على ذلك د/ شفيق جورجي، الحماية القضائية في مواجهة الإجراءات والتدابير المتخذة بناء على المادة ٧٤ من الدستور، المرجع السابق، ص ٥٢.
- (104) راجع ص ١٨٢-١٨٤ وما بعدها من هذه الرسالة.
- (105) الدعوى رقم ٤ لسنة ١٢ ق، منازعة تنفيذ، جلسة ٩ أكتوبر سنة ١٩٩٠، الجزء الرابع، ص ٥٢٤.
- (106) راجع الدعوى رقم ٦ لسنة ١٢ ق، دستورية، جلسة ١٩/١/١٩٨٦، الجزء الثالث ص ٢٥٢ وقد تناول هذه القضية بتفصيل أكبر، د/يحيى الجمل، بحث بعنوان «الحماية القضائية للحق في المشاركة السياسية»، المرجع السابق، ص ١١ وما بعدها.
- (107) راجع د/ محمد قنبري حسن، الاستفتاء في القضاء الدستوري المصري، بدون دار نشر، ١٩٩١، ص ١٣٦.
- (108) يدت هذه الملاحظات العملية للباحث نتيجة اشتراكه بصعته في الإشراف على انتخابات مجلس الشعب سنة ١٩٩٦، وانتخابات المجالس المحلية سنة ١٩٩٧.
- (109) راجع في تأثير الظروف المحيطة على قضاء المحكمة العليا ص ٥١٤-٥١٦ وما بعدها من هذه الرسالة.
- (110) راجع د/ سليمان الطاوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص ٦٥.
- (111) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٦ لسنة ٢ قضائية «دستورية»، جلسة ١٩/١/١٩٨٨، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، ص ١٤٠.
- (112) تنص المادة ٢٦ مكرراً (ز) على أنه، إذا امتنع المؤجر أو وكيله عن تسليم الأجرة أو إذا امتنع أيهما عن تسليم المستأجر مخالصة مكتوبة عما يؤديه من الأجرة كان المستأجر أن يودع الأجرة على ذمة المؤجر في الجمعية التعاونية الزراعية المختصة مقابل إيصاف من الجمعية أو يودعها الجمعية بموجب حوالة بريدية بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول.... فإذا رفض المؤجر أو الوكيل تسلم المبلغ اللودع خلال أسبوع من تاريخ إبلاغه بالعرض أودعت الجمعية المبلغ على ذمة المؤجر خزنة المحكمة الجزئية الواقعة في دائرة اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية... وفي حالة الإيجار بطريق المزارعة إذا امتنع المؤجر أو وكيله عن محاسبة المستأجر، قامت الجمعية ببيع المحصول ومحاسبة المستأجر وأودعت نصيب المؤجر خزنة المحكمة الجزئية الواقعة في اختصاصها الأرض المؤجرة بعد خصم رسوم الإيداع والمصاريف الإدارية.....
- (113) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٢ ق دستورية جلسة ١٩/١/١٩٩٢، الجزء الخامس للمجلد الثاني، ص ٩٠.
- (114) راجع الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٢ ق دستورية، جلسة ١٢/٢/١٩٩٢، جزء ٢/٥، ص ١٢١.
- (115) راجع الدعوى رقم ٥ لسنة ١٠ ق دستورية، جلسة ١٩/١/١٩٩٢، جزء ٢/٥، ص ٣٢١.
- (116) ينص القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ بفرض ضريبة على مرتبات العاملين المصريين في الخارج في المادة الأولى منه على أنه:
- «تقرض ضريبة على الأجور والمرتبات التي يتقاضاها عن عملهم بالخارج العاملون بالدولة والقطاع العام والعاملون ينظم أو كارتات خاصة بالحاصلون على إعاره أو أجازة خاصة بدون مرتب للعمل في الخارج.
- وفي مادته الثانية على أن
- «تحدد قيمة الضريبة المنصوص عليها في المادة السابقة على الوجه الآتي:
- أ - العاملون بالدرجات الرابعة والخامسة والسادسة عشرون جنيتها شهريا أو مايعادلها من الكادرات الخاصة.
- ب - العاملون من الدرجتين الثانية والثالثة أربعين جنيتها أو مايعادلها من الكادرات الخاصة.
- ج - العاملون من الدرجتين مدير عام والأولى ثمانون جنيتها شهريا أو مايعادلها من الكادرات الخاصة.
- د - العاملون بالدرجات فوق مدير عام مائة وعشرون جنيتها شهريا أو مايعادلها من الكادرات الخاصة.
- »
- (117) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٢ ق دستورية جلسة ١٢/١/١٩٩٢، الجزء السادس، ص ٨٠.
- (118) راجع في التفاصيل، د مستشار/ إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص ٢٥٩-٢٦١.
- (119) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ٤/٨/١٩٩٥، الجزء السادس، ص ٦٠٩.
- (120) تنص المادة الثانية من قانون ضريبة الاستهلاك رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨١ على أنه:
- «فقرة أولى، تقرض الضريبة على السلع الواردة بالجدول المرافق لهذا القانون بالفئات الموضحة فريين كل منها.
- «فقرة ثانية، ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية تعديل هذا الجدول على أن يعرض القرار على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره إذا كان المجلس قائما، أو في أول اجتماع له في حالة حل المجلس أو وقف جلساته.
- «فقرة ثالثة، فإذا لم يقره المجلس ألقى مع اعتباره ماتم تحصيله قبل الإلغاء صحيحا.
- »
- (121) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٨ لسنة ٨ ق، دستورية، جلسة ٢/٢/١٩٩٦ - مجموعة الأحكام الصادرة منذ عام (١٩٩٦) الجزء الثاني، هيئة المطابع الأميرية، ص ١.
- (122) راجع في التفرقة بين التفويض التشريعي والتفويض الرئاسي، د/ عادل عبد الرحمن خليل، التفويض غير التشريعي في القانون الأمريكي والمصري، دراسة تطبيقية مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٤٢٣.
- (123) هذا وقد فات المحكمة الدستورية العليا أن تقضي في القضية السالفة بسقوط قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٩ لسنة

١٩٩٠ بتعديل الجدول المرافق لقانون الضريبة على الاستهلاك لذا اضطرت في الدعوى رقم ١٦ لسنة ١٦ ق جلسة ٢٣ نوفمبر ١٩٩٦ أن تقضى بعدم دستورية، وذلك تأسيساً على أن ذلك القرار لا يعتبر من قبيل اللوائح التنفيذية التي تفصل ماورد اجمالاً بالقانون، بما ليس فيه تعديل من الأحكام التي انتظمها أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها . وكان تعديل رئيس الجمهورية للجدول المرافق لقانون الضريبة على الاستهلاك - استناداً لنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من هذا القانون التي قضى بعدم دستوريته - إنما يحور من بنیان الضريبة التي فرضها القانون ويغير من أحكامها من خلال تعديل نظامها وقواعد سريانها. وعليه انتهت المحكمة إلى أن القرار لمطعون عليه يكون باطلاً بعد أن قام محمولا على تفويض متخالف للدستور

(124) الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ ق دستورية، جلسة ١٩٨٨/١/٢، الجزء الرابع، ص ٦٣.

(125) الدعوى رقم ٢٦ لسنة ٤ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٣/٧، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ١٨٥.

(126) راجع في ذات اتجاه المحكمة بعدم دستورية وضع حدود قصوى للتفويض أحكامها في الدعاوى.

- رقم ٥ لسنة ١ ق دستورية، جلسة ١٩٨١/٥/١٦.

- رقم ١ لسنة ١ ق دستورية جلسة ١٩٨٥/٣/٢.

- رقم ٨ لسنة ٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٢/٢/٧، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ٢٢٤ وقد أشار هذا الحكم إلى الدعوتين السالفتين عليه

- رقم ٦٥ لسنة ٤ ق دستورية جلسة ١٩٩٢/٥/١٦، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ٣٠٧.

وراجع في مدح للحكم الصادر في الدعوى ٢٦ لسنة ٤ ق دستورية سالف الذكر . حديث يس سراج الدين وأحمد ابو الفتح، ومصطفى كامل مراد بجريدة الوفاء، ١٩٩٢/٣/٢٢.

(127) الدعوى رقم ٢٣ لسنة ٩ ق دستورية، جلسة ١٩٩١/٥/٤، المجلد الرابع، ص ٣٣٥.

(128) الدعوى رقم ٥٢ لسنة ١٨ ق دستورية، جلسة ١٩٩٧/٢/١.

(129) الدعوى رقم ١٣٠ لسنة ٥ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٢/١، الجزء ٢/٥، ص ١٧٢.

(130) الدعوى رقم ١٨ لسنة ١٢ ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٥/١٥، المجلد الخامس/٢، ص ٣٠٤.

(131) الدعوى رقم ٩ لسنة ٩ ق دستورية، جلسة ١٩٩٥/٨/٥، الجزء الخامس مطابع، ص ١٨٧، ١٨٨، وقد قضت المحكمة فيها بعدم دستورية المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ وذلك فيما تضمنته من حظر الطعن - بغير طريق إعادة النظر- في الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة العليا للقيم في شأن المنازعات المحالة إلى قضاء القيم وفقاً لنص المادة ٦ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة وقد اعتبرت المحكمة النص المقتضى بعدم دستوريته منتهكاً لمجموعة من المبادئ الدستورية إضافة لانتهاكه حق الملكية وهي المبادئ المنصوص عليها بالمواد ٤٠، ٦٤، ٦٥، ٦٨، ٦٩، ١٦٥ من الدستور .

راجع في استعراض الحكم الوفاء، ٢ سبتمبر ١٩٩٥

(132) أصدر المشرع استجابة لهذا الحكم القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧ بتنظيم الطعن في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم في المنازعات المنصوص عليها في المادة ٦ من قرار رئيس الجمهورية سالف الذكر راجع في شرح هذا القانون المستشار عزيز أنيس، الأهرام، ١٩٩٧/٢/٢١.

(133) الدعوى رقم ٥ لسنة ١٨ ق دستورية، ، جلسة ١٩٩٧/٢/١

(134) الدعوى رقم ٣٦ لسنة ٩ ق دستورية، ، جلسة ١٩٩٢/٣/١٤، ج ١/٥، ص ٢٤٤

(135) الدعوى رقم ٦٣ لسنة ١٣ ق دستورية، ، جلسة ١٩٩٢/٣/٢٠، ج ٢/٥، ص ٣٢٦.

(136) الدعوى رقم ١١ لسنة ١٦ ق دستورية، ، جلسة ١٩٩٥/٧/٣، ج ٥ مطابع، ص ١٢٢.

(137) الدعوى رقم ٦ لسنة ٩ ق دستورية، ، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨، الجزء السادس، ص ٥٤٢.

(138) الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١٧ ق دستورية، ، جلسة ١٩٩٧/١/٤.

(139) الدعوى رقم ١١٦ لسنة ٢٨ ق دستورية، ، جلسة ١٩٩٧/٨/٢.

(140) هناك قضايا لاتزال منظره أمام المحكمة الدستورية العليا تتعلق ببعض أحكام قانون إيجار المساكن وهي حسبما يقرر المستشار / رجب سليم في مؤلفه عن المحكمة الدستورية العليا :

١ - الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ١٩٧٧ المشار إليه -التي تتعلق باستمرار عقد إيجار المسكن عند ترك المستاجر الأصلي له لصالح أقاربه بالنسب حتى الدرجة الثالثة الذين كانوا يقيمون معه لمدة سنة سابقة على تركه العين أوشفله للمسكن أيهما أقل

٢ - الفقرة الأولى من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن إيجار المساكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستاجر والتي تتعلق باستمرار عقد إيجار المسكن عند وفاة المستاجر إذا ترك فيها أولاده أو زوجه أو أحد والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة، ونرى أن موضوع هذه القضية هو أهم مواضيع القضايا الإجبارية على وجه الإطلاق

٣ - المادة (١٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والخاصة بانتهاء عقود التأجير لغير المصرين بقوة القانون بانتهااء لمدة المحددة قانوناً لإتمامهم بالبلاد

٤ - المادة ٢ فقرة (١) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والتي تستثنى المساكن الملحقه بالمرافق والمنشآت الحكومية وغيرها من المساكن التي تشغل بسبب العمل من الخضوع لأحكام القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧

٥ - المادة رقم ٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن عدم جواز احتجاز الشخص أكثر من مسكن في البلد الواحد

٦ - المادة (٨٢) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والخاصة بفرض عقوبة الحبس مدة لاتقل عن ستة أشهر والغرامة التي لاتقل عن خمسمائة جنيه لن يقوم ببيع أو تأجير الوحدة أكثر من مرة

- ٧ - المواد ٨، ٩ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩، ١٢، ١٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والخاصة بلجان تحديد الأجرة
- ٨ - المادة ٢٣/٢ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨١ والخاصة بمعاينة المالك الذي تخلف دون مقتضى عن تسليم الوحدة في الوعد المحدد - بعقوبة جرمية النصب والإلزامه بأن يؤدي للطرف الآخر مئلي مقدار مقدم الإيجار.
- ٩ - المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لتحديد أسباب إخلاء المستأجر من الوحدة السكنية على سبيل الحصر.
- راجع في ذلك كتاب المستشار / رجب عبد الحكيم سليم - المحكمة الدستورية العليا الكتاب الأول في إيجار الأمانك - الطبعة الأولى، ١٩٩٧، ص ١٥٣، ١٥٤.
- هذا وقد أصدرت المحكمة - حديثاً - أحكاماً فيما قرره سيادته بالبند رابعاً وسابعاً وثامناً يرفض الدعوى، ويعدم الدستورية بالنسبة للبند خامساً.
- راجع في ذلك الدعوى أرقام ٩٥ لسنة ١٨ ق « دستورية »، جلسة ١٦/٤/١٩٩٧ و ١٦ لسنة ١٧ ق « دستورية »، جلسة ٥/٧/١٩٩٧ و ٤٨ لسنة ١٨ ق « دستورية »، جلسة ٩/١٥/١٩٩٧، وأهرام الاثنين ١٧/١١/١٩٩٧.
- (141) تنص للمادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه « مع عدم الإخلال بحكم المادة (٨) من هذا القانون لاينتهى عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقي فيها زوجها أو أولاده أو أي من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو التارك، وفيما عدا هؤلاء من أقارب للمستأجر نسباً أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الإيجار إشاعتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل (فقرة أولى).
- فإذا كانت العين مؤجرة لزائلة نشاط تجاري أو صناعي أو مهني أو حرفي فلاينتهى العقد بوفاة المستأجر أو تركه العين ويستمر اتصال ورثته وشركائه في استعمال العين بحسب الأحوال (فقرة ثانية).
- والفي جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم حق في الاستمرار في شغل العين ويلتزم هؤلاء الشاغلون بطريق التضامن بكافة أحكام العقد (فقرة ثالثة).
- (142) راجع الدعوى رقم ٤ لسنة ١٥ ق « دستورية »، جلسة ٧/٦/١٩٩٦، ج ٢، ١٩٩٦ مطابع، ص ١٥٤.
- (143) وترتبط على هذا الحكم نرى أنه أصبح يحق للمؤجر أن يطلب من القضاء إخلاء العين للمؤجرة من شاغلها بعدما تركها مستأجرها الأصلي له باعتبار أن النص الذي كان يجيز لهم الاستمرار قضى بعدم دستوريته، مالم يكن الشركاء قد حصلوا على حكم بأحقيتهم في الاستمرار في العين للمؤجرة وممارسة النشاط الخاص بها بعد ترك المستأجر الأصلي لها
- (144) الدعوى رقم ٤٤ لسنة ١٧ ق « دستورية »، جلسة ٢/٢٢/١٩٩٧.
- (145) راجع حكم النقض في الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٦٦ ق، نقلاً عن جريدة الأهرام، ٢٧/٢/١٩٩٧.
- (146) تنص المادة ٦٠١ من القانون المدني على أنه: لاينتهى الإيجار بموت المؤجر ولجهوت المستأجر.
- ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا اثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تحمّلها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم.
- وتنص المادة ٦٠٢ من القانون المدني - - إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد.
- (147) د/ سمير تناوغ، مقالة بعنوان لاستعملوا في تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩، جريدة الأهرام ٣/٢٥/١٩٩٧.
- (148) مستشار - محمد عزمي البكري، شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قوانين الإيجارات، دار محمود للنشر والتوزيع، ١٩٩٧، هامش ص ٧.
- ويلاحظ أن رأى سيادته مشابه لرأى محكمة النقض بالنسبة للمادة (٦٠١) دون المادة (٦٠٢).
- (149) في ذات الاتجاه، راجع، مقالة المستشار جميل قلّس بعنوان المادة (٦٠١) لتجيز توريث عقود الإيجار، الأهرام، ١٩٩٧/٤/٤.
- (150) د/ يحيى الجمل، مقالة بعنوان المحكمة الدستورية العليا، الأهرام، ٢٩/٣/١٩٩٧.
- (151) تنص المادة الأولى من القانون على أنه « إذا كانت العين مؤجرة لزائلة نشاط تجاري أو صناعي أو مهني أو حرفي فلاينتهى العقد بموت المستأجر، ويستمر لمصلحة الذين يستعملون العين من ورثته في ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي طبقاً للعقد. أزواجاً وأقارب حتى الدرجة الثانية، ذكوراً وإناثاً من قصر مبلغ، يستوي في ذلك أن يكون الاستعمال ذاتاً أو بواسطة نائب عنهم، واعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشر هذا القانون لا يستمر العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء في العين إلا لمصلحة المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلي دون غيره ولمرة واحدة. وتنص المادة الثانية منه على أنه « استثناءً من أحكام الفقرة الأولى من المادة السابقة، يستمر العقد لمصلحة من جاوزت قرابته من ورثة المستأجر المشار إليه في تلك الفقرة الدرجة الثانية، متى كانت يده على العين في تاريخ نشر هذا القانون تستند إلى حقه السابق في البقاء في العين وكان يستعملها في ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي طبقاً للعقد، وينتهي العقد بقوة القانون بموته أو تركه إياها.
- وتنص المادة الخامسة منه على أنه « يعمل بهذا القانون اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية عدا الفقرة الأولى من المادة الأولى منه، فيعمل بها اعتباراً من تاريخ العمل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه.
- (152) د/ جلال إبراهيم، مقالة بعنوان للملاحظات حول القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧، الأهرام، ٨/٥/١٩٩٧.
- (153) راجع المستشار/ محمد عزمي البكري، شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧، المرجع السابق، ص ٧.
- (154) الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ ق « دستورية »، جلسة ٢/١/١٩٩٧.

(155) راجع الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٤ ق في دستورية ، جلسة ١٩٩٥/١/١٤ ، والدعوى رقم ٣٠ لسنة ١٦ ق في دستورية ، ، جلسة ١٩٩٥/٤/٦ .

(156) الدعوى رقم ٩ لسنة ١٨ ق في دستورية ، ، جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ .

(157) الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٢ ق في دستورية ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ١٦٧ .

(158) راجع - الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق ، جلسة ١٩٩٥/٧/٣ .

- الدعوى رقم ٥ لسنة ١٥ ق ، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ .

- الدعوى رقم ٢١ لسنة ١٦ ق ، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ .

(159) راجع الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق في دستورية جلسة ١٩٩٥/٧/٣ ، الجزء الخامس ، مطابع ، ص ١٦١ ، ١٦٢ .

(160) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٢ ق في دستورية ، جلسة ١٩٩٢/٢/٢٢ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ١٦٥ .

(161) الدعوى رقم ٢١ لسنة ١٦ ق ، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ ، الجزء الخامس (مطابع) ، ص ١٠٥ ، ١٠٦ .

وفي ذات الاتجاه الدعوى رقم ٥ لسنة ١٥ ق في دستورية ، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ والتي قضت فيها المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (٢٥) من قرار نائب رئيس الوزراء ، وزير الزراعة و الأمن الغذائي رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم .

(162) راجع الدعوى ٢ لسنة ١٠ قضائية ، دستورية ، ، جلسة ١٩٩٢/١/٢ ، الجزء الخامس المجلد الثاني ، ص ١٠٣ .

(163) راجع الدعوى ٤٩ لسنة ١٧ ق ، دستورية ، ، جلسة ١٩٩٦/١/١٥ ، الجزء الثاني ١٩٩٦ (مطابع) ، ص ١٥٩ ، ١٥٢ .

(164) راجع الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٢ ق في دستورية ، ، جلسة ١٩٩٦/١٠/٥ .

(165) مستشار / محمد حامد الجمل ، رئيس مجلس الدولة (السابق) ، الأهرام ، ١٩٩٦/١٠/١٢ .

(166) مستشار / عبد الرحمن نصير ، نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا ، الأهرام ، ١٩٩٦/١٠/١٢ .

(167) الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٢ ق في دستورية ، ، جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ ، الجزء السادس ، ص ١٥٤ .

(168) وقريب من ذلك ماقررت المحكمة في حكم آخر من أن تأثيم المشرع لأفعال بذواتها حال وقوعها في مكان معين، مؤذاه ضرورة تعيين حدود هذا المكان، بما ينفي التجويل بأنعماده، في ذلك راجع الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/١٠/١٢ والمتعلقة بقانون الحميات الطبيعية وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٦ بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علي بالبحر الأحمر، الجزء السادس، ص ٢٥٨ .

(169) عرفت المحكمة العليا الأمريكية هذا المبدأ منذ زمن بعيد ولعل أوضح حكم أكده هو ذلك الصادر سنة ١٩٤٨ في قضية

(1948). Winters, New York, 333 U.S. 507 حيث قضت فيه المحكمة بأن « التشريع إذا كان غامضاً وغير محدد

في عبارته وفي المألوف الذي يمكن أن يفسر به بحيث يقصر عن تحديد الأعمال التي يعاقب عليها، فإنه يكون مخالفاً لشروط الوسائل القانونية السلمية ، نقلا عن رسالة د/ أبو الجد ، المرجع السابق، ص ٢٩٨ .

(170) الدعوى رقم ٢٨ لسنة ١٧ ق - دستورية ، ، جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ ، الجزء السادس (مطابع) ، ص ٨٢ .

(171) لعل هذه العبارة البلاغية الرائعة ومثيلاتها تمثل رداً كافياً على من يلومون المحكمة على لوجوها لذكر بعض العبارات بالغة الأجنبية في أحكامها، إذ هي لا تلجأ لذلك فقراً وإعنائاً، إذ الثابت أنها تمسك بنواصي اللغة العربية، وإنما تفعل ذلك وحسبها سنوضحه في الباب التالي لإثبات أن ماتتقوه من مبادئ، له أصوله العالمية المستقرة في الضمير الإنساني

(172) راجع الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق في دستورية ، ، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ .

(173) الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق في دستورية ، ، جلسة ١٩٩٦/٨/٢ .

(174) في هذا المعنى الدعوى رقم ٢٥ لسنة ٨ ق في دستورية ، ، جلسة ١٩٩٢/٥/١٦ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٣٢٧ .

(175) راجع في حق الدفاع د/ أحمد فتحي سرور، للشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢١٢ ومابعدها ، وقد أشار سيادته بهامش ص ٢١٥ إلى أن الفقه الأجنبي يتشكك بعضه في إضفاء قيمة دستورية على حق الدفاع في المنازعات غير الجنائية .

(176) تنص المادة (٧١) من الدستور على أنه « يبلغ كل من يفيض عليه أو يعتقل بأسباب القبض عليه أو اعتقاله فوراً، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون ويجب إعلانه على وجه السرعة بأنهم الموجهة إليه وله ولغيره التظلم أمام القضاء من الإجراء الذي قيد حريته الشخصية »
مذاويلاحظ أن المادة السالفة جعلت غير المقبوض عليه صاحب مصلحة في رفع التظلم من القبض أمام القضاء .

(177) راجع الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٤ قضائية ، دستورية ، ، جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ ، الجزء السادس ، ص ١٨١ .

(178) الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٧ ق في دستورية ، ، جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ ، الجزء السادس (مطابع) ، ص ٥٨ - ٥٩ .

(179) الدعوى رقم ٦ لسنة ١٦ ق في دستورية ، ، جلسة ١٩٩٢/٥/١٦ ، المجلد الخامس ، الجزء الأول ، ص ٢٤٤ .

(180) قارن حق الدفاع في أمريكا ، رسالة د/ أبو الجد ، المرجع السابق ، ص ٣٠٠ - ٣٠١ .

(181) راجع الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٦ ق في دستورية ، ، جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ ، الجزء السادس ، ص ٧٤٨ ، ٧٤٩ حيث اعتبرت المحكمة النص المطعون فيه مخالفاً لمبدأ المساواة بين القانونين في حق القائم بالعمل العام وبين غيرهم دونما أسس موضوعية .

(182) راجع الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٢ ق في دستورية ، ، جلسة ١٩٩٢/١١/٧ ، الجزء الخامس المجلد الثاني ، ص ٦٨ وقد أشارت المحكمة في الحكم الآنث إلى ضرورة تفسير النصوص العقابية تفسيراً ضيقاً عندما أوضحت أنه لا يجوز تفسير النصوص العقابية بما يخرجها عن معناها أو مقاصدها، ولابد نطاق التجريم - وبطريق التقياس - إلى أفعال لم يؤمها المشرع، بل يتعين دوماً - وكلما كان مضمونها يحتمل أكثر من تفسير - أن يرجع القاضي من بينها ما يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية في إطار علاقة منطقية يقيمها بين هذه النصوص وإرادة المشرع، سواء في ذلك التي

- اعلنها ، أو التي يمكن اقتراضها عقلا .
- (183) راجع الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ .
- (184) صدر حكم معاشل تماما من المحكمة في الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٧ جلسة ١٩٩٧/٣/١٥ ، وقد حرصت المحكمة على تكرار ذات الأسباب ثانية ، مع انتهاكا نرى عدم الحاجة مطلقا إلى تكرار الأسباب ثانية في الحكم الأخير إذ كان يكفي حين إذ الإشارة إلى الحكم الأول وحجية أساليبه .
- (185) راجع الحكم الصادر من محكمة النقض « الدائرة الجنائية » بجلسته ١٩٩٦/١٢/١٨ ، ونظيره المعارض له الصادر من محكمة النقض للدائرة المدنية بجلسته ١٩٩٦/١٢/٢٣ - مشار إليهما تفصيلا بكتاب المستشار/ رجب عبد الحكيم سليم - المحكمة الدستورية العليا ، الكتاب الأول في إيجاز الأملكن ، ص ١٣٨ - ١٤٤ .
- (186) راجع الدعوى رقم ١٥٠ لسنة ٤ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/٥/٢٧ ، الجزء الرابع ، ص ٢٤٨ .
- (187) من هذه الأحكام تلك الصادرة فيما يلي :
- الدعوى رقم ١٤١ لسنة ٤ ق « دستورية » جلسة ٤ إبريل سنة ١٩٨٧ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٧) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بحظر شرب الخمر .
 - الدعوى رقم ٧٠ لسنة ٦ ق « دستورية » بجلسته ٤ إبريل بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٢٢٢) فقرة أولى من القانون المدني .
 - الدعوى رقم ٤٦ لسنة ٧ ق دستورية بجلسته ٤ إبريل سنة ١٩٨٧ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٧٦) من قانون الوصية .
 - الدعوى رقم ١٢٥ لسنة ٦ ق دستورية بجلسته ٦ يونيو سنة ١٩٨٧ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٣٧) فقرة أولى من قانون الرصية .
 - الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٠ ق دستورية بجلسته ٤ نوفمبر سنة ١٩٨٩ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٣١٧) البند ثانيا من قانون العقوبات .
 - الدعوى رقم ١٧ لسنة ٨ ق دستورية بجلسته ٣ فبراير سنة ١٩٩٠ بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (٢٢٨) من القانون المدني .
 - الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٠ ق دستورية بجلسته ١٩٩١/١/٥ بشأن الطعن بعدم دستورية المواد ٢٦٧ و ٢٦٧ و ٢٧٧ من قانون العقوبات .
 - راجع في للتفاصيل ، الجزء الرابع لأحكام المحكمة الدستورية العليا ، ص ٢٥٣ - ٢٥٥ .
 - ومن الأحكام الحديثة في ذات الاتجاه الحكم الصادر في الدعوى رقم ٦٧ لسنة ١٧ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/٩/١٩ .
- (188) الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١١ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٥/٢٧ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٣٦٤ .
- (189) للدعوى رقم ٦ لسنة ٩ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ ، الجزء السادس ، ص ٥٤٢ .
- (190) الدعوى رقم ٥ لسنة ٨ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/١/١٦ .
- (191) راجع مقالة الدكتور كمال أبو المجد ، المحكمة الدستورية ومبادئ الشريعة وفق المأخذ في مسكن الزوجية ، جريدة الأهرام ، ١٩٩٦/٢/٨ .
- (192) راجع الدعوى رقم ٧٤ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٧/٣/١٦ .
- (193) الدعوى رقم ٢٧ لسنة ١١ ق « دستورية » جلسة ١٩٩٢/٢/٧ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٢٠٤ .
- (194) راجع ص ٢٢٢ من هذه الرسالة .
- (195) الدعوى رقم ٣٦ لسنة ٩ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٣/١٤ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٢٤٦ .
- (196) الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١١ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٤/٣/٢٦ ، الجزء السادس ، ص ٣٣١ .
- (197) راجع الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ ، الجزء السادس ، ص ٣٣١ .
- (198) الدعوى رقم ٨ لسنة ١٧ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ .
- (199) لاحظ الباحث إبان حضوره لمؤتمر « دور القضاء في حماية حقوق الإنسان المنعقد في ديسمبر سنة ١٩٩٦ بالقاهرة ، افتتاماً غير عادي من الفقه الأجنبي بهذا الحكم .
- (200) المستشار سعيد العشماوي ، مجلة أكتوبر ، ١٩٩٦/١٠/١٣ .
- (201) الدعوى رقم ٣٦ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ .
- (202) الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ ، الجزء السادس ، ص ٥٧ ، والدعوى رقم ٦ لسنة ٩ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٥/٢/١٨ ، الجزء السادس ، ص ٥٤٢ ، ومسبق ذكره برسالتنا ص ٢٢٠ ، ص ٢٢٥ ، عن هذا الموضوع .
- (203) راجع الدعوى رقم ٦٥ لسنة ٤ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٢/٥/١٦ ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ٣٠٨ - ٣٠٩ .
- (204) الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١١ ق « دستورية » ، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ ، الجزء السادس ، ص ٥٧ .
- (205) راجع مقالة د/ عادل عمر الشريف ، حصن الشريعة الدستورية ، الأهرام ١٩٩٦/١/٢٣ .
- (206) راجع في مفهوم الأحكام القطعية والظنية على سبيل المثال ، الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١١ ق دستورية ، جلسة ١٩٩٤/٢/٢٦ ، الجزء السادس ، ص ٣٣٧ .
- (207) راجع في ذلك للعلمي : الدعوى رقم ٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١/١٦ .

الباب الرابع

الحكم الدستوري
ومبدأ التقييد الذاتي

تقسيم

إن الحكم الدستوري الذي قمنا بتحليله في الباب الأنف يؤثر في إصداره عوامل متباينة ، ولذلك فإن دراسة تلك العوامل تفصيلا يساهم إلى حد بعيد في فهم الاتجاه الذي تذهب إليه المحكمة في أحكامها ، ونظرا لاهتمام الفقهاء في أمريكا دون مصر بدراسة تلك العوامل ، الأمر الذي أدى لتوافر المادة المهينة للدراسة عن أمريكا دون مصر ، ومن ثم رأينا أن نركز على هذه العوامل في أمريكا فقط .

ولما كان مبدأ التقييد الذاتي من العوامل الهامة التي تؤثر ولا غرو في الحكم الدستوري إن لم تكن أهمها على الإطلاق، لذا رأينا تخصيص فصل مستقل لها سواء في أمريكا أو مصر حيث اهتمت بها محكمتنا الدستورية .

و قبل كل ذلك رأينا أن نخصص الفصل الأول للمراحل التي يمر بها الحكم الدستوري في أمريكا ومصر وذلك تحقيقا لاتساع الرؤية والفهم الأعمق .

وعلى ذلك سوف تكون دراستنا في هذا الباب مقسمة على النحو التالي:

الفصل الأول : المراحل التي يمر بها الحكم الدستوري .

المبحث الأول : المراحل التي يمر بها حكم المحكمة العليا الأمريكية .

المبحث الثاني: المراحل التي يمر بها حكم المحكمة الدستورية العليا .

الفصل الثاني : العوامل المؤثرة في إصدار الحكم الدستوري في أمريكا.

الفصل الثالث : مبدأ التقييد الذاتي .

المبحث الأول : عناصر مبدأ التقييد الذاتي في أمريكا .

المبحث الثاني : ما لا يتعارض مع مبدأ التقييد الذاتي .

المبحث الثالث : مبدأ التقييد الذاتي في مصر .

الفصل الأول

المراحل التي يمر بها الحكم الدستوري

المبحث الأول

المراحل التي يمر بها حكم المحكمة العليا الأمريكية

إن حكم المحكمة بقبول القضية وإعطائها معاملة تامة يعنى قرارا بجدارة القضية (Merit).

وتلك القضية قد تقضى المحكمة فيها بالتأييد لحكم المحكمة الأدنى أو بتعديله أو إلغائه وفى الحالتين الأخيرتين عادة ما ترسل المحكمة العليا القضية للمحكمة الأدنى لإعادة فحصها ثانية وفق توجيهاتها، ويلاحظ أن الوصول إلى حكم فى قضية ما على أساس جدارتها يمر بثلاث مراحل .

١ - المرحلة الأولى : تقديم القضية للمحكمة :- فى هذه المرحلة يكون الخصوم قد سبق وأن قدموا مذكرات تؤيد وجهة نظرهم فى قبول القضية أو عدمه، ويعيد الخصوم تقديم مذكرات مكتوبة تتعلق بجدارة القضية وتكون بصورة أكثر مباشرة، وهناك قضايا كثيرة تقدم فيها مذكرات صداقة وتقدم تلك المذكرات من الأشخاص والمؤسسات المهمة. وتلك المذكرات تتناول المسائل القانونية من وجهة نظر مقدميها ، وقد أصبحت لها شريعيتها منذ سنة ١٩٠٨ عن طريق قضية (ميلار ضد أورجن) والتي كانت تتعلق بدستورية قانون ولاية يحدد عدد ساعات عمل المرأة ، إذ إنه عندما أيدت المحكمة العليا هذا القانون فقد استندت إلى تحليل اجتماعى مطول قدمه المحامى لويس برانديز - والذي أصبح قاضيا بالمحكمة العليا بعد ذلك . وقد ساند هذا التحليل ذلك القانون .

وقد أصبحت مذكرات الصداقة التى تتناول مسائل اجتماعية تسمى مذكرة برانديز "Brandeis brief".

هذا ويتم المناقشة الشفوية فى القضية لإعطاء الفرصة للأطراف ليساندا ماكتب فى مذكراتهم ويقدم ذلك فرصة للقضاة لفهم ما قد يكون قد التبس عليهم فى المذكرات .

ويحدث أن يقاطع القضاة أثناء المناقشة الشفوية تلك المناقشة والتي يحدد لها عادة ساعة لكل قضية ، ثم قد يحدث أثناء تلك المقاطعة مجادلة بين قضاة المحكمة أنفسهم كما حدث بين كلا من رنكوست ومارشال سنة ١٩٨١ عند مناقشة عقوبة الإعدام ، إذ كان رنكوست قد عبر عن رأيه فى أنه

من الأرخص أن أعدم مسجوناً عن أن أسجنه لفترة طويلة و حينئذ امتنع مارشال من ذلك وقال « حسناً إنه لمن الأفضل حينئذ أن أطلق عليه الرصاص عند القبض عليه أليس كذلك؟^(١) .

كما يحدث أن يختلف القضاة في المناقشة الشفوية في مسائل قد تكون نافية للغاية كما حدث بالنسبة للقاضيين رنكوت و ستيفنز في إحدى جلسات سنة ١٩٨٢ حول المركز الذي يشغله أحد لاعبي البيسبول في فريقه^(٢) .

٢ - المرحلة الثانية : وهي مرحلة القرار المؤقت وتحدث بعد المناقشة الشفوية في القضية حيث تبدأ بمجادلة شفوية بين القضاة أنفسهم والتي تكون في إحدى الجلسات السرية اللاحقة لمناقشة القضية ، حيث يقدم رئيس القضاة القضية ويحدد رأيه فيها ثم يلحقه أقدم الأعضاء خدمة في المحكمة وليس في السن - حتى أحدهم .

وطبيعة المناقشة في ذلك تختلف حسب طبيعة رئيس المحكمة ونمط قيادته، فنجد مثلاً أن رئيس القضاة هيوز كان له سيطرة كاملة على مناقشة الحكم في القضية وساعد ذلك على تخفيف العبء من على المحكمة حيث كان يتم التخلص من القضية والوصول لحكم فيها في وقت سريع، بينما رئيس القضاة ستون لم يكن له نفس هذا النمط رغم أنه تلى هيوز في رئاسة المحكمة سنة ١٩٤١ فقد كان ستون يعطي وقتاً أكبر لكل قضية مما يسمح بالدخول في التفاصيل الدقيقة، ويعيب هذه الطريقة زيادة العبء على المحكمة . وبعد أن تصل المحكمة إلى حكم مبدئي في القضية يتم إسنادها لأحد القضاة لكتابة الحكم النهائي فيها ، وإذا كان رئيس القضاة في صفوف الأغلبية - وهذا غالباً ما يحدث - فإنه هو الذي يقوم بتحديد القاضى المعهود بكتابة الحكم النهائي له ، وإذا كان رئيس القضاة في جانب الأقلية فإن الذى يتولى ذلك هو أقدم القضاة خدمة في المحكمة من صف الأغلبية .

٣ - المرحلة الثالثة : الحكم النهائي :

وتبدأ تلك المرحلة بعد تعيين القاضى سالف الذكر حيث يكتب هذا القاضى مسودة مبدئية لرأى الأغلبية والأسس المبني عليها .

كما قد يكتب قضاة الأقلية آراءهم ، وأثناء هذه المرحلة يمكن أن تتغير وجهات نظر القضاة وعندما تكتمل هذه الآراء وتكتب يتم المداولة فيها والمفاوضة ، وعلى القاضى المعين أن يحاول الحفاظ على الأغلبية كما قد يحاول جذب عدد من قضاة الأقلية لجانب الأغلبية .

وقد يحدث أن يفشل القاضى المعين في إقناع الأغلبية لما ذهب اليه وحينئذ يتولى قاض آخر تلك المهمة حتى يتم الوصول إلى رأى للأغلبية والذي قد يكون مختلفاً أو متفقاً مع رأى الأغلبية التى عينت القاضى سالف الذكر .

وقد يحدث ألا يوجد رأى له أغلبية ، وقد انتشر ذلك في السبعينيات والثمانينات حيث كان هناك ٧٨ حكماً بدون أغلبية ، مما يشكل ٥٪ من جملة القضايا التى قضت فيها المحكمة برأى كامل ومن ذلك قضية (ميرمان ضد جورجيا) سنة ١٩٧٢ والتى ألغت فيها المحكمة القوانين التى تجيز توقيع عقوبة الإعدام .

ولا شك أن القضية بدون رأى للأغلبية تكون قضية غير محفوظة لأنه لا يوجد تصريح نو سلطة بموقف المحكمة بصدد المسألة القانونية التى تثيرها تلك القضية، ومن ثم يكون موقفها غامضاً رغم

أن بعض تلك القضايا تكون هامة .

الآراء المتلاقية والمعتضة⁽³⁾ "concurring and dissenting opinions"

عادة ما تكون هناك أغلبية على نحو ما أسلفنا ولكن نادرا ما تكون المحكمة مجمعة على رأى واحد، ففي دورة سنة ١٩٨٢ مثلا كان هناك أكثر من ٧٥٪ من جملة القضايا التى قضى فيها برأى كامل (معاملة تامة) تشتمل على آراء محتجة ومتلاقية .

والرأى المحتج هو الذى يخالف رأى الأغلبية فى النتيجة التى انتهى إليها فإذا ما أُلغيت الإدانة مثلا فإن الرأى المحتج يؤمن بضرورة تأكيدها .

ويحدث أن تغير المحكمة من موقفها ويصبح هذا الرأى المحتج هو رأى أغلبية أعضاء المحكمة فيما بعد ، والمثال الواضح لذلك هو احتجاج القاضى بلاك فى قضية (بيتر ضد برادى) سنة ١٩٤٢ حيث كان يرى عكس ما ذهب إليه المحكمة بأن المتهم الجنائى الفقير له الحق فى الاستعانة بمحام مجانا ، وقد غيرت المحكمة من موقفها لتتبنى وجهة نظر القاضى بلاك بعد ٢١ سنة وقد كتب القاضى بلاك حين إذ رأى المحكمة. هذا وعادة ما يكون الانشقاق بطبيعة مهذبة مثل عبارة أنا انشوق رغم احترامى لرأى المحكمة أو كما افتتح القاضى باول احتجاجه سنة ١٩٨٢ بعبارة «إن رأى المحكمة عالج أسئلة كثيرة أثرت فى هذه القضية بشمولية جديرة بالاحترام»، ولكن قد تكون الطبيعة فى بعض الأحيان أقل تهذبا .

وعندما ينشوق أكثر من قاضٍ فقد يحدث اشتراكهم فى رأى واحد أو قد يفضل كل منهم كتابة رأيه منفردا .

أما الرأى المتلاقى فهو يتفق مع النتيجة التى ذهب إليها المحكمة ولكن مع اختلاف الأسباب بينهما ، وقد يكون الاختلاف كاملا أو جزئيا .

ومثال للرأى المتلاقى قضية (الولايات المتحدة ضد بلاس) سنة ١٩٨٢ ، حيث قضت المحكمة بإلغاء الإدانة فى قضية حيازة مخدرات بالنظر لأن ضبط المخدرات كان بعد تقشيش الحقائق فى المطار ، وقد كان رأى الأغلبية أن الاحتجاز المؤقت مقبول ولا يخالف التعديل الرابع⁽⁴⁾ للدستور ولكن المخالفة جاءت من طول فترة احتجاز الحقائق .

بينما كان رأى القاضى بريين والملقى مع رأى الأغلبية أن الإدانة لابد من إلغائها ولكن على أساس أن مجرد الاحتجاز المؤقت وليس طول فترته هو المخالف للتعديل الرابع من الدستور .

هذا ويحدث أن يكون ذات الرأى لأحد القضاة منشوق فى جانب وملق فى جانب آخر مثل أن يتفق مع معالجة المحكمة للقضية من جانب ولكن يحتج على بعض نواحى هذه المعالجة .

وتنتهى عملية صنع حكم المحكمة عندما تكتب جميع الآراء ويحدد القضاة أى الآراء التى ينتمون إليها ، وعندئذ يعلن الحكم بصورة علنية.

ويحدث أن يقرأ القضاة كل الآراء فى المحكمة والأغلب أن يتم ذلك بصورة مختصرة، ويحدث أن يعبر القاضى عن رأيه المحتج بصورة صارخة مثلما فعل القاضى جيمس مكربنولز، إذ علق على مساندة المحكمة لقانون المعاملة الجديدة سنة ١٩٢٥ بأن « هذا هو نيروى فى أسوأ صورة لقد ضاع الدستور »⁽⁵⁾.

المبحث الثانى

المراحل التى يمر بها حكم المحكمة الدستورية العليا

يمر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بثلاث مراحل على النحو التالى :

١ - مرحلة التحضير : وهى التى تتولاها هيئة المفوضين أمام المحكمة الدستورية العليا حيث تتولى تلك الهيئة الاتصال بالجهات ذات الشأن للحصول على ما يلزم من بيانات أو أوراق لتهيئة الدعوى وتأمراً باستدعاء نوى الشأن لسؤالهم عن الوقائع التى ترى لزوم تحقيقها ، أو بتكليفهم تقديم مستندات أو مذكرات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق ، وتفصل فى طلبات الإعفاء من الرسوم القضائية أو الكفالة بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال الطالب وملاحظات قلم الكتاب، وتبدأ إجراءات تحضير الدعوى بتبادل الردود ، حيث يتناول أطراف الدعوى الردود عقب إيداع العريضة أو إثبات قرار الإحالة على النحو الذى نظمته المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، وحتى يتم الالتزام بالمواعيد التى حددتها هذه المادة نصت المادة ٣٨ على أنه «لا يجوز لقلم الكتاب أن يقبل بعد انقضاء المواعيد المبينة فى المادة ٣٧ أوراقاً من الخصوم ، وعليه أن يحرر محضراً يثبت فيه تاريخ تقديم هذه الأوراق و اسم مقدمها وصفته» (٦).

وبعد انتهاء فترة تبادل الردود يبدأ نور المفوض فى تحضير الدعوى على النحو الذى بينته المادة ٣٩.

وبعد إتمام تهيئته الدعوى يعد المفوض (٧) تقريراً يحدد فيه الوقائع والمسائل القانونية التى يثيرها النزاع ويبدى رأيه مسبباً ، ويجوز لنوى الشأن أن يطلعوا على تقرير المفوض بقلم كتاب المحكمة ولهم أن يطلبوا صورة منه على نفقتهم .

وفى خلال أسبوع من إيداع التقرير سالف الذكر يحدد رئيس المحكمة تاريخ الجلسة التى ينظر فيها الدعوى، ويتولى قلم كتاب المحكمة إخطار نوى الشأن بتاريخ الجلسة بكتاب مسجل يعلم الوصول قبل الموعد المحدد للجلسة بخمسة عشر يوماً على الأقل ما لم يأمر رئيس المحكمة فى حالة الضرورة وبناء على طلب نوى الشأن بتقصيره إلى ما لا يقل عن ثلاثة أيام، على أن يعلن ذلك إلى جميع أصحاب الشأن فى الدعوى مع الإخطار بتاريخ الجلسة .

٢ - مرحلة (٨) المرافعة :- القاعدة العامة أن المحكمة تفصل فى الدعوى بغير مرافعة بحسبان أن الدعوى سبق للمفوض إعدادها وأوضح رأيه فيها، إلا أنه إذا رأت المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع الخصوم وممثل هيئة المفوضين ، وفى هذه الحالة لا يؤذن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة من غير محام معهم ، وليس للخصوم الذين لم يودع بأسمائهم مذكرات وفقاً لحكم المادة (٣٧) الحق فى أن ينيبوا عنهم محامياً فى الجلسة، وللمحكمة أن ترخص لمحامى الخصوم وهيئة المفوضين فى إيداع مذكرات تكميلية فى المواعيد التى تحددها (مادة ٤٤ من قانون المحكمة).

٣ - مرحلة الحكم :- تبدأ بالدولة فى الحكم وهى عبارة عن المناقشة التى تجرى بين أعضاء المحكمة للاتفاق على الحكم فى الدعوى ، وتخضع للأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وهى:

- السرية : وذلك لضمان الحفاظ على هيبة الأحكام بين المتقاضين وضمانا لحرية القضاء في إبداء الرأي ، وإذا كانت المحكمة قد استمعت إلى مراقبة في الدعوى فلا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة .

- إصدار الأحكام بالأغلبية : تصدر أحكام المحكمة وقراراتها من سبعة أعضاء والنصاب اللازم لإصدار الحكم هو الأغلبية المطلقة أي الأغلبية المكونة من أربعة قضاة .

ولا يثبت في الحكم الرأي المخالف كما لا يذكر ما إذا كان الحكم قد صدر بالإجماع أم بالأغلبية ، وكنا نتمنى الأخذ بالأسلوب الأمريكي في هذا الشأن⁽⁹⁾.

ويتم النطق بالحكم في الجلسة المحددة لذلك ولا يوجد ما يحول بين المحكمة وتأجيل إصدار الحكم إلى جلسة أخرى تحددها .

ويتم النطق بالحكم بتلاوة منطوقة مع أسبابه علانية ويجب حضور القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم فإذا حدث لأحدهم مانع وجب أن يوقع على مسودة الحكم .

ونظرا للطبيعة العينية لأحكام المحكمة الدستورية ولحجيتها المطلقة في مواجهة كافة و بالنسبة إلى الدولة بكامل سلطاتها وعلى امتداد تنظيماتها، فإنه كثيرا ما تسبب المحكمة أحكامها بالإحالة الى أحكام أخرى لها تكون قد تناولت ذات المسألة (10) الدستورية .

الفصل الثاني

العوامل المؤثرة في إصدار الحكم الدستوري في أمريكا

تقسيم :

هناك عوامل متعددة تؤثر في إصدار الحكم الدستوري سوف ندرسها تفصيلا في هذا الفصل على النحو التالي :

المبحث الأول : طريقة التفسير الدستوري التي تنتهجها أغلبية المحكمة .

المبحث الثاني : قيم القضاة الشخصية .

المبحث الثالث : نص القانون محل الطعن.

المبحث الرابع : البيئة المحيطة بالمحكمة .

المبحث الخامس : دور رئيس المحكمة .

المبحث السادس : دور قضاة المحكمة وطبيعة العلاقات بينهم .

المبحث السابع : رأينا في الموضوع .

المبحث الأول

طريقة التفسير الدستوري التي تنتهجها أغلبية المحكمة

تحتاج المحكمة وهي تصدر حكمها الى الوقوف على حقيقة معنى النص الدستوري حتى تتثبت مما إذا كان القانون المطعون في دستوريته مخالفا للدستور، وتتنوع طرق التفسير على النحو التالي:

١ - المعنى الصريح "Plain meaning"

تقوم هذه الطريقة على أساس من أن المحكمة ليس لها القدرة ولا الحق في خلق حقوق جديدة لا ينطوى عليها الدستور ، فإذا تعارض القانون مع صراحة النص الدستوري فلا بد من القضاء بعدم دستورية الأول .

ويعاب على هذه الطريقة أن اللغة الإنجليزية ليست ذات معان حاسمة ، والكلمة وفق الظاهر من القاموس تعنى أكثر من معنى ، بل إن هناك الكثير من كلمات الأضداد وهي الكلمة التي تعنى معنيين عكس بعضهما ، كما يعاب أيضا على هذه الطريقة أن واضعى الوثيقة الدستورية والتعديلات قصدوا أن تكون المعانى واسعة وذلك حتى تستوعب التفسيرات التي سوف تحدث فى المستقبل .

وطريقة المعنى المباشر مقتضاها أنه مثلا بالنسبة لالتزامات المتعاقدين المحمية دستوريا بالفقرة العاشرة من المادة الأولى ، فإنه يجب على المحكمة أن تقضى بعدم دستورية أى قانون يعطلها أو يضعف منها .

ويلاحظ أن المحكمة لم تنتهج هذا المنهج بالنسبة لالتزامات المتعاقدين ، إذ لم نقض بعدم دستورية تلك القوانين التي تحد من المكاسب التي حصل عليها أحد الأطراف المتعاقدة طالما كان لها أساس منطقي، إذ وظف القاضى هيزر المنطق الدائرى لمنع البيع بالجملة للمنازل المرهونة منعا من بخس أثمانها .

بل حدث واشتقت المحكمة من الدستور حقوقا غير منصوص عليها صراحة مثل حق الخصوصية (11) مثلا

٢ - القصد الأصلي لواضعى الدستور .

يسمى المؤمنون بهذا المذهب أنفسهم بأسماء متعددة مثل المفسرين الصارمين أو البنائين الصارمين ويطلق عليهم بالانجليزية "strict interpretivists" أو "constructionists" وينصب جل اهتمامهم على قصد هؤلاء الذين تبنوا الدستور وذلك بالاعتماد على كتاباتهم وأقوالهم وخلافاتهم .

و يؤمن أنصار هذه الطريقة بأن القصد المذكور هو المصدر الوحيد الذي يجب التعويل عليه فى التفسير الدستورى ، ومن ثم فإن الاختيار القضائى فى مسألة ما يجب أن يقوم على أساس ما كان يعتقد واضعو الدستور فى تلك المسألة ويعيب هذه النظرية ما يلى :

أ- إن تلك النظرية تفترض إمكان كتابة التاريخ بموضوعية رغم أن الماضى عادة ما يختلط بالإبهام والغموض .

وكل ما يمكن استخلاصه من الماضى هو أن واضعى الدستور كانوا مختلفين حول النصوص الدستورية ومعانيها لذا قصدوا إلى وضعها بصورة فضفاضة تخفى هذا الخلاف.

ب - يظهر من تفاصيل (12) طريقة وضع الدستور عدم تمثيل قطاعات كبيرة من الشعب إضافة إلى أن مؤتمر فيلادلفيا الذى وضع مشروع الدستور سنة ١٧٨٧ قد خلف سجلا غير واضح ولا يصلح للاعتماد عليه. وإذا كنت ملاحظتات جيمس ماديسون مفيدة فى هذا الشأن إلا أنها لم تنشر إلا بعد فترة طويلة جدا من الدستور ، وذلك فى سنة ١٨٤٠ كما أن مؤتمرات التصديق بالولايات سجلها مشوب بالغموض أيضا رغم أنها اعتبرت أهم من مؤتمر فيلادلفيا إذ أكد جيمس ماديسون أنه لا يجب التركيز على قصد هؤلاء الذين اجتمعوا فى مؤتمر فيلادلفيا واقتروا الدستور ولكن يجب أن نضع جل الاهتمام على هؤلاء الذين قبلوه وصدقوا (13) عليه .

ورغم ذلك وجد من له رأى مخالف ويرى ضرورة التركيز على قصد المجتمعين فى مؤتمر فيلادلفيا رغم حقيقة أن هؤلاء لم يكن لهم أى قصد بالنسبة لوثيقة الحقوق وهي التعديلات العشر الأولى للدستور وهي الشق الأهم منه - فى اعتقادنا- لتعلقها بالحرىات والحقوق الشخصية ، وهنا يجب الرجوع إلى خصوم الفيدرالية والدستور بصفة عامة، والذين كانوا الأكثر نشاطا فى طلب الحرىات (٢٥٢)

المدنية. ويلاحظ أن هاملتون وهو من قادة الفيدرالية قد انتقد تلك الوثيقة في أوراق الفيدراليست الورقة رقم ٨٤ .

ج - القصد درجات ومن الصعب التوصل إلى حقيقته ، إذ من الصعب معرفة ما إذا كان مقترحو الدستور والمصدقون عليه قد قصدوا حقيقة تحقيق مصالحهم الذاتية أم سن مبادئ سامية أم كان قصدهم مختلطا .

وعلى سبيل المثال نجد أنه بالنسبة للتعديل الأول المتعلق بالدين فقد تنوعت أهداف من قرروه على النحو التالي :

١ - ضمان عدم التأثير الديني على الحكومة ككل .

٢ - ضمان عدم التدخل الفيدرالي في ديانة الولايات .

٣ - ضمان من الإعاقة الرسمية لتعدد الديانات.

٤ - محاولة وضع حائط وفاصل بين الدولة والكنيسة.

د - حتى في حالة إمكانية تبين قصد أصلي فإنه قد لا يصلح البتة وقت تطبيق النص وفي المستقبل .

فمثلا حال وضع التعديل الرابع عشر المتعلق بالحماية المتساوية ، لم يكن قصد واضعيه وقتها تحريم التفرقة في المدارس العامة ، بل ساد فقه الفصل مع المساواة ، وكانت توجد صور شديدة للتفرقة حتى في الشمال الأمريكي المناهض لها ، ولكن مع مرور الوقت والتطور زال فقه الفصل مع المساواة ، بل زالت الفكرة القديمة التي كانت تقرر أن الطفل يمكنه الحصول على فرصته في الحياة دون حصوله على فرصته في التعليم وهو ما أكدت المحكمة العليا في قضية براون سنة ١٩٥٤ ، كما أن الواقع التقني أدى لوجود مسائل حديثة لم يتصورها الصانقون مثل التجسس والذي أثر حوله التساؤل عما إذا كان يشمل التعديل الرابع الذي يحظر أعمال التفتيش غير المعقولة .

وهكذا نجد أن الاعتماد على القصد الأصلي لا محل له بالنسبة لكثير من القواعد الدستورية التي تطورت بصورة أكبر من توقعات الذين وضعوا الدستور ، بل وجدت نصوص ، فقدت قيمتها تماما مثل التعديل الثالث الذي يتكلم عن إيواء الجنود وقت الحرب (14) ، (15) .

كما أن الاعتماد على القصد الأصلي لا محل له بالنسبة للنصوص الغضاضة كفقرة الإجراء الواجب قانونا والتي رأى فرانكفورنر أنها حدثت غير مقيد بإطار دائم من القيود والأسس المتعلقة بالحقوق الأساسية .

ونرى أنه إذا كان للقصد الأصلي من فضيلة فهي في احترام القضاة لقصد واضعي الدستور والمصدقين عليه إذ إنهم أقسموا على ذلك ، مع ملاحظة أن المبالغة في الأمر تفرغ الدستور من حيويته، ومن ثم على القضاة التوسط في الأمر.

٢ - الحرفية Textualism

يظهر من الاسم أن أصحاب هذا المذهب في التفسير يؤمنون بالاعتماد على النصوص الدستورية كمصدر أولى ووحيد للمعاني ، وهكذا فإن المعنى المباشر للدستور يسود (16) ما لم يتداخل ويتناقض

مع النص نص دستوري آخر أو يقود البناء الصارم للنص إلى اللا معقول أو الغموض .

وهناك فريق في هذا المذهب أقل تشدداً ، يرى أن القاضي عليه أن يفسر النص الدستوري على أساس من المبدأ المستنتج بعدالة منه رغم أن ما يستنتج قد لا يكون له أية علاقة بضمير وتخيّل مؤسسى الدستور، وإذا كانت هناك نصوص تدعو لذلك الاختيار الآنف فإن هناك نصوصاً تمنع ذلك ، وفي تلك النصوص الأخيرة ذات الطبيعة الواضحة لا داعى للاستعانة بأية مصادر أخرى فى التفسير إذ يكفى صراحة النص.

وبالنسبة لعقوبة الإعدام مثلاً فإنه رغم أن التعديل الثامن يحرم العقوبات الوحشية والقاسية ، إلا أن أصحاب مبدأ الحرفية - وهم قريبون لحد كبير من القصد الأصلي - يرون أن وقت وضع ذلك التعديل سنة ١٧٩١ كانت هذه العقوبة موجودة وظلت بعدها ، وكذلك يرى أصحاب هذا الفكر أن عدد المحلفين الذى لابد وأن تجرى المحاكمة الجنائية بمعرفةهم يقصد به اثني عشر محلفاً لأن هذا هو العدد الذى كان موجوداً وقت التعديل .

ومن أقوى المؤيدين للفكر الحرفي القاضي والمرشح السابق للمحكمة العليا "Robert Bork" ، إذ يرى سيادته أن هناك مجالات يجب ألا تسيطر عليها الأغلبية وتترك حرية الأفراد ويحدث طغيان الأقلية إذا حرمت الأغلبية من التحكم فى المجالات المؤهلة لها، والحكم فى هذا الأمر مرده للمحكمة العليا حال قيامها بتفسير الدستور على النزاعات ، ويضيف بورك أن المجتمع وافق على أن يحكم بصورة غير ديمقراطية فى مجالات محددة بواسطة مبادئ صلبة وصعبة مؤسسة بالدستور خلافا لإرادة الأغلبية .

والمحكمة العليا ليست ذات سلطة مطلقة ، وإنما عليها أن تقرر الشرعية التى تملكها - وليست تلك التى لا تملكها- ، وهى تلك التى تستطيع أن تظهرها فى صورة أسباب مقبولة ومعقولة، والشرعية المذكورة تستمد من الدستور ، وهى لا تجيز للمحكمة التصرف حسب ميولها وأهوائها ، وإلا عد ذلك انتهاكاً للدستور مؤدياً للطغيان سواء كان هذا الطغيان لصالح الأغلبية أو الأقلية .

وهكذا يرى بورك أن على المحكمة أن تظل مرتبطة بالنص الدستوري وتاريخه والتطبيقات العادية له وألا تؤسس حقوقاً جديدة . وإذا رأى أن من حق المحاكم تنفيذ العقود التى تنطوى على عنصرية رغم وجود فقرة الحماية المتساوية ، وأن حرية التعبير المحمية بالتعديل الأول لا تشمل أياً من التعبيرات العلمية والأدبية والفنية وإنما تقتصر على التعبير السياسى الذى لا ينطوى على الدعوة إلى تغيير الحكومة بالقوة .

ولقد كانت هذه الآراء هى السبب فى إفشال ترشيح بورك للمحكمة العليا - كما أسلفنا- (17).

ومن الحرفيين أيضاً - وإلى حد ما- القاضي هيو جوبلاك الذى كان مؤمناً بحرية التعبير واندماج التعديل الرابع عشر فى وثيقة الحقوق بمعنى أن هذا التعديل يؤدى إلى تطبيق التعديلات العشر الأولى أيضاً على الولايات ، ويرى بلاك أن تأسيس حقوق من خارج الوثيقة الدستورية أمر خطير على الحرية الأمريكية وأن على المحكمة أن تقرأ الدستور بطريقة مباشرة و تعطى اهتماماً كبيراً لكلماته ولا تحرف أو تغير من معانيه حتى يضمن موضوعية النتائج ولا يحدث الطغيان . وقد خشى بلاك من إعادة كتابة الدستور بحجة تفسيره، واعترض على وجهة النظر التى ترى أن المحكمة العليا ستصل إلى حلول للمشاكل أسرع وأفضل من المشرع والسلطة التنفيذية .

وتتشابه مع بلاك أفكار القاضى سكاليا والذى رأى أن الكثير من الأحكام القضائية لا تكون على أساس مما عناه الدستور أصلا ولكن على أساس مما يفضل القضاة أن يعنيه الدستور .

وقد اتفق سيادتهما فى الحلول المقترحة، ألا وهى التمسك - قدر الإمكان - بالمعنى الصريح للنص الدستورى فإن كان غامضا فيجب الرجوع للمعنى الأصلى. و أكد بلاك أن التوازن بين المصالح الحكومية والحقوق الشخصية لا يحققه قضاة اليوم ، إذ كان التنازع بينهما تحت مرأى واضعى الدستور، لذا وضعوا الدستور محققا التوازن ، ومن ثم يجب الاهتمام بكل كلمة من كلمات الدستور وأن يضع القضاة أنفسهم - حال تفسير الدستور - فى ذات ظروف الرجال الذين وضعوا الدستور .

وفى العديد من المجالات اتفق سيادتهما - نظرا لتقارب أفكارهما، فرفض كلاهما تطبيق مبدأ الإجراء الواجب قانونا فى المجال الاقتصادى بحسبانه سيمكن المحكمة من القضاء بعدم دستورية قوانين ، لا على أساس انتهاكها للدستور ، ولكن لأنها ستعد من وجهة نظر القضاة غير ذات معنى وغير عادلة وتحكمية .

كما رفض كلاهما الإجراء الواجب فى المجال غير الاقتصادى كحق الخصوصية، ورأى سكاليا (18) أن الإجابة على الأسئلة المتعلقة بحق الخصوصية لا يجب أن يكون عن طريق الفرع القضائى ولكن عن طريق الفرع السياسى و إلا سوف تتعرض المحكمة العليا للأذى لما سوف تستقبله من ضغوط شعبية من المعتاد أن يتعرض لها الساسة بينما هى بحكم تكوينها غير مهية لذلك .

ونرى أن الحرفية الجامدة تطبيقاتها محدودة فى القضايا الدستورية بالنظر للتطور الذى ينجم مع مرور الوقت ، ولم يعد الفكر الحرفى الجامد يصلح إلا لتفسير الأمور التى لم تتطور أما تلك المتطورة فلا يناسبها إلا وسائل التفسير المرنة، ومثال ذلك: التعديل الأول «حرية التعبير والصحافة» ، التعديل الرابع «التفتيش والقبض غير المعقولين» ، التعديل الرابع عشر «الإجراء المشروع والحماية المتساوية».

٤ - السوابق، وتسمى: "Stare Decisis أو Precedent"

وهى وسيلة أقرب إلى فكر الحرفية بالنظر لأن الحرفيين يدعون للتمسك بتطبيقات النص الدستورى، والسوابق إما أن تكون دستورية أو غير دستورية أى فى مجال النصوص القانونية ، وبذلك الأخيرة لا تهتم المحكمة بتطبيقها قدر اهتمامها بالأولى ، وذلك لأن الكونجرس يظل بيده زمام تغيير السوابق غير الدستورية بوضع نصوص جديدة معاكسة . أما السوابق الدستورية فإنه لا يمكن تغييرها بغير إرادة المحكمة العليا إلا عن طريق التعديل الدستورى وهو الأمر الذى يندر حدوثه إذ لم يحدث سوى أربع مرات فحسب حتى تاريخه .

ويقول القاضى سكاليا إن القاضى قد يجد نفسه مكرها على تطبيق السابقة إلا أنه لا يفعل لما يكتشف حقيقة الأمر وهو أن الدستور هو الذى أقسم على مساندته والدفاع عنه .

وتحاول المحكمة ألا تعدل عن سوابقها إلا حال الاضطرار ، لذا درجت على تجنب العدول عنها عن طريق أحد الأمرين (19) الآتين:

الأول : هو طريق الأسباب العرضية "Obiter dicta" ، بأن تقرر المحكمة بأن ما ورد بالسابقة من أسباب لم يكن جوهرى للحكم ومن ثم لا يحوز الحجية وليس له أى قيمة كسابقة .

الثاني : التقرير بأن الوقائع في السابقة مختلفة عن الوقائع في القضية المعروضة عليها ومن ثم تستطيع حينئذ أن تقرر حكما جديدا ، دون العول عن السابقة. والمثال الواضح لذلك هو ما قرره المحكمة في قضية سنة ١٩٨٢ من أن سجن الجنوبي داكوتا لدى الحياة ويدين كفالة لارتكابه سابع جنائية غير عنيفة يشكل عقوبة قاسية وغير عادية مما يتعارض مع التعديل الثامن للدستور ، في حين أن المحكمة قبل ذلك الحكم بثلاث سنوات كانت قد وصلت لنتيجة مغايرة، وقد بررت المحكمة التناقض بحجة أنه في الواقعة السابقة كان هناك كفالة. وقد كتب رأي الأربعة المخالفين رئيس القضاة بيرجر مقرا أن حكم اليوم لا يمكن إرجاعه لأساس منطقي بالمقارنة بالحكم السابق⁽²⁰⁾ .

وصفوة القول أن المحكمة إذا لم تستطع الإبقاء على السابقة استنادا إلى الأسباب العرضية من ناحية أو التقرير باختلاف الوقائع من ناحية أخرى ، فإنها عادة ما تنتقل إلى مرحلة العول عن السابقة والتي تبدأ أولا بمحاولة الحد منها وتنتهي بالعول الصريح عنها وذلك على التفصيل الآتي :-

أ - الحد من السابقة :-

وذلك كما حدث بالنسبة لقضايا الضرائب ، حيث قررت المحكمة بداية أن الطعن على أهداف الإنفاق الحكومي غير مقبول بالنظر لأن رافع القضية يستوى في مركزه القانوني مع الملايين من دافعي الضريبة ولا يمكن تمييز مصلحة خاصة له مختلفة عن مصلحة الباقيين ، ومن ثم فإن الضرر الذي أصابه هو ضرر غير مباشر⁽²¹⁾ ، ويجب للطعن أمام المحاكم الفيدرالية أن يكون الضرر مباشرا . و بعد ٤٥ سنة قررت المحكمة وضع استثناء على هذا المبدأ الصريح لما قضت⁽²²⁾ بأنه إذا رفع الطعن استنادا لتجاوز الحدود الدستورية التي تمكن الكونجرس من فرض الضرائب وإنفاق النقود فإنه يقبل استنادا إلى الحق في اللجوء للقضاء المنصوص عليه بالتعديل الأول من الدستور.

وفي قضية Roe سنة ١٩٧٣ قضت المحكمة العليا بحق المرأة غير المقيد في الإجهاض خلال الثلاثة أشهر الأولى من الحمل ثم عادت وقيدت الأمر نسبيا، لما قضت بعد ذلك بأن الحق في الإجهاض ثابت للمرأة وليس للحكومة التدخل في الأمر بصورة غير مشروعة أو بدون مراعاة الإجراء الواجب قانونا "due process"، وهكذا أشارت المحكمة إلى إمكان التدخل المشروع بمراعاة الإجراء الواجب قانونا وهذا نوع من التقييد لسابقة Roe.

ب - الإلغاء الصريح للسابقة :

يكون هذا الإلغاء عندما لا تجد المحكمة وسيلة أخرى لتجنبه ، وإن حدث فإنه حينئذ يتم بصيغة واضحة ، ووفق أحد الإحصاءات فقد تم إلغاء (١٠٥) سابقة في الفترة من ١٩٥٢ إلى ١٩٩٠ منهم ٧٢ سابقة دستورية والباقي في المجال غير الدستوري .

ومثال ذلك : أنه في سنة ١٩٦١⁽²³⁾ قضت المحكمة بأنه لا يجوز الإدانة على أساس دليل تم الحصول عليه من قبض أو تفتيش غير مشروعين وعلى ذلك يعدل عن سابقة المحكمة سنة ١٩٤٩ والتي سمحت فيها المحكمة لموظفي الولاية بالاعتداد بالدليل غير المشروع .

والخلاصة أنه لا يوجد قاض يكتب من فراغ فلا شك من أنه يعود إلى الماضي والذي يشمل الأحكام السابقة والميراث الفقهي ، وكل حركة أو أمر هام في التاريخ الأمريكي أنتج غالبا قضية رائدة أدلت فيها المحكمة بدلوها ، ومن ثم كان بديهيا النظر في السوابق .

ومن القضاة من يشد إيمانه بالسوابق القضائية وتؤثر بشدة في حكمه مثل كاربوزو ، إذ كان يرى أن القاعدة التي حكمت النزاعات السابقة يجب أن تحكم النزاعات التالية .

كما رأى القاضي ويت (24) أن السوابق القضائية هي الأساس إذا رغب في اتفاق الأحكام القضائية مع القانون ، وعندما يطلق أمر التقدير مطلقاً للقضاة ، فعندئذ يغو الحكم مجرد ممارسة للإرادة القضائية المحكمة واللول غير المتوقعة .

ويلاحظ أنه في الحقبة الأخيرة أصبحت السوابق سريعة الإلغاء فيمكن إلغاء سوابق لا يزيد عمرها بحال عن ثلاث أو أربع سنوات ، ولأحد المراقبين أنه لو كانت الأغلبية في محكمة وارن أو بيرجر تعتقد أن هناك مبدأ قد تقرر في سابقة على سبيل الخطأ فإنها سوف تعدل عن هذه السابقة دون تردد (25) .

٥ - القيم الأساسية :

يعتبر البعض أن الرجوع إلى القيم الأساسية هو أوسع طرق التفسير بحسبانه دعوة للنشاط القضائي .

ومرجع هذا الرأي إلى أن القيم الأساسية تسمح للقضاة بتفسير النص استناداً إلى تطبيقاته الدستورية «السوابق» ، والمبادئ الأساسية والقانون الطبيعي والأعراف الوطنية والقيم المثالية .

وتوجد فقرات دستورية مثل الإجراء الواجب قانوناً تدعو المحكمة إلى وضع تضمونها وحجودها ، وهنا تكون المحكمة هي الخالقة والواضعة لتلك القاعدة الدستورية ، وهناك فقرات تدعو لتدخل أقل مثل القبض والتفتيش غير المعقولين ، إذ فيها يكون دور المحكمة رسم تخوم أقل من سابقتها ، إذ تدعو تلك القاعدة لمنع الاقتحام الحكومي للأشخاص والأوراق والديار دونما سبب مبرر ، وقد استخدمت المحكمة هذه الوسيلة من التفسير باقتدار بالغ وأدت دورها الدستوري على أكمل وجه عدا في بعض فترات الردة مثل فترة المواجهة مع روزفلت بشأن الحقوق الاقتصادية .

٦ - هدف النص الدستوري وقت تطبيقه .

يذهب أنصار هذا الطريق إلى ضرورة مراعاة الوقت الذي يطبق فيه النص الدستوري حال تفسيره .

ويؤسس هذا الطريق على ركيزة من العيوب الكثيرة التي تظهر من التمسك بالقصد الأصلي ، إذ لا يمكن التوصل إلى حقيقة القصد لجماعة من الناس أمثال أولئك الذين وضعوا الدستور لاختلاف أهوائهم وأمزجتهم ولندرة الوثائق التي ترشد إليه ، إذ إن أوراق الفيدراليست التي يعتمد عليها في الوصول لهذا القصد في حقيقتها نوع من الدعاية السياسية.

ورأى القاضي بريتن (26) أنه لا يوجد قصد لواضعي الدستور في معظم المشاكل المعاصرة ، وقد اختلف الصائغون فيما بينهم أشد الاختلاف الأمر الذي حدا بهم إلى وضع نصوص الدستور بصورة فضفاضة تخفى تحت عبائتها خلافاتهم .

وإذا كانت الحماية المتساوية لم يقصد بها أن تنطبق على المرأة ، إلا أن الملاحظ أن المحكمة العليا لم تلتزم بذلك .

وهكذا فإن الدعوة نحو الرجوع لقيم تاريخ وضع الدستور تؤدي حقيقة إلى التعمية والجهل

بالتطور الاجتماعى ، وتؤدى الى عدم المواعة مع الظروف الاجتماعية، مثل ذلك الذى حدث فى قضية *Olmstead v. United States* والتي أعلن فيها رئيس القضاة "Taft" أن الحماية الدستورية المفروضة بالتعديل الرابع ضد القبض والتفتيش غير المبررين لا تنطبق على التسجيلات التليفونية لأن هذا النشاط لا يدخل فى معنى التعديل الرابع وعليه فهو نشاط غير محرم.

وعلى عكس ذلك يؤمن الهدفيون بأن الأسطة الجديدة لا يجب الإجابة عليها بالبحث فى قصد واضعى الدستور وإنما بالبحث فى النتائج العملية التى يخشى منها المشرع الدستورى ، فلما كانت التسجيلات قصد منها إقامة دليل بدون أمر تفتيش فمن ثم فإن الأمر يكون غير مشروع لتهديده للخصوصية الشخصية المحمية بالتعديل الرابع .

وهكذا لا يجوز البتة التقيد بقصد المشرع وقت وضع النص لما سلف ، إضافة الى أن القصد الحقيقى للمشرع - وليس الظاهرى - هو وضع عبارات فضفاضة تسمح باستيعاب صور التطور المختلفة وتدعو للاجتهاد المستقبلى فى الأمر ، ومثال ذلك تحريم العقوبات الوحشية والقاسية وفقرة الإجراء المشروع والحماية المتساوية .

والتفسير الهدفى للنص الدستورى - حقا - هو الذى يحقق القصد المستهدف للمشرع الدستورى والذى يضع الإطار و الفكر العام ويترك التطبيقات لظروف الحال والتطور ، ويمكن تشبيه المشرع الدستورى بالأب الذى يوصى أبناءه بضرورة مراعاة العدالة فى سلوكهم ، وبالطبع فإن الأب فى ذهنه أمثلة تطبيقية وعملية للحالات الظالة إلا أنه لا يقبل بالطبع أن يتقيد مفهوم الظلم بتلك الأمثلة فحسب وذلك للأمريين الآتين (27).

أولهما : رغبته فى تربية الأطفال على قدرة الخلق والابتكار و لمواجهة المواقف التى لم يتخيلها هو أو لا قدرة له على تخيلها .

ثانيهما : تقبل الأب لفكرة التصحيح للمفاهيم والمعتقدات التى فى خاطره إذا ما اقنعه أحد أطفاله بأن سلوكا يعتقد أنه عادلا لا يعد كذلك أو العكس . فإذا حدث أى من هذين الأمرين فلا زالت تعليمات الأب محل احترام ولم تتغير .

وهكذا يحت الأب أبناءه حقيقة على الالتزام بفكرة العدالة *concept of fairness* وليس بصور العدالة التى فى خاطره *conception of fairness*. ونرى أن أنسب وسائل التفسير الدستورى فى أمريكا - وفى مصر (28) أيضا- هو ألا يحصر القاضى نفسه داخل تخوم مذهب تفسيرى معين وإنما عليه أن يداخل ويزاوج بين مذاهب أو طرق التفسير كلما أمكن ذلك ، وحسبما يقتضيه واقع الحال المائل أمامه .

ونرى أنه إذا كان المعنى المباشر يصلح للأخذ به فعلى القاضى أن يلتزمه ومثال ذلك تمثيل كل ولاية فى مجلس الشيوخ بشيخين (مادة ٣/١ من الدستور) أو وضع حد أدنى لسن رئيس الولايات المتحدة (م٢/٥)، وإذا كان ذلك المعنى المباشر غير قائم فعلى القاضى أن ينتقل إلى السوابق القضائية المفسرة للنص فإن لم يجدها أو وجدها ولكن اكتشف عدم تناسبها أو الحاجة إلى تغييرها وهجرها ، فهنا عليه أن ينتقل إلى محاولة تفسير النص وفق قصد واضعيه أولا ، وهنا يجب استخدام أقصى درجات المرونة والفهم إذ إن القصد درجات - حسبما أسلفنا - ويجب محاولة التوصل إلى القصد الضمنى إذا صعب التوصل للقصد الأسمى ، وذلك ما رآه الرئيس لتكون حال تطبيقه على حكم المحكمة فى قضية العبد

دردسكوت ، إذ رأى أن حكم المحكمة العليا برئاسة تانى بأن انتقال العبد إلى إقليم حرلا ينهى عبوديته قد أخطأ بأن أغفل القصد الضمنى لواضعى الدستور ، المتعلق بالعمل على تطوير المساواة بين المواطنين وإنهاء العبودية وذلك حسبما تسمح به الظروف .

وهكذا كان يجب النظر إلى الهدف الذى سعى إليه واضعو الدستور وليس إلى تطبيقهم هم لهذا الدستور ، فالعبرة بالمبادئ الضمنية المشتقة من النص وليس بما يمكن ظهوره من تحليل ممارستهم. ويجب تفهم أن غموض الكثير من العبارات الدستورية لم يكن عن خطأ ولكن عن عمد حتى تكون هذه العبارات ملينة بالمعاني ومخرنا يمكن النهل منه لصالح الأجيال المستقبلية .

وإذا راعى القاضى الطرق المذكورة فى التفسير بما يتلائم مع ظروف الحال فهو واصل لا محالة إلى الحكم العادل المتوقع.

وإذا كان قضاة المحكمة العليا يختلفون فيما بينهم كبشر ، وهو أمر طبيعى إلا أنه فى إطار من العمل المشترك بينهم فإنه يمكن تحقيق نوع من الثبات والاستقرار للتفسير الدستورى .

المبحث الثانى

قيم القضاة الشخصية

نظرا لأن قضاة المحكمة العليا عادة لا رغبة لهم فى الوصول لمناصب سياسية ، ولأن مناصبهم دائمة ومن ثم لا يخضعون لبدأ المسئولية الانتخابية ، ولأن أحكام المحكمة نهائية ، فإن الوسائل الفنية فى التفسير المذكورة فى المبحث الأول والتى يستخدمها قضاة المحكمة للوصول إلى قضاء فى الأمر لا ينال من حقيقة أن الأمر مرجعه نهاية إلى القيم الشخصية التى يؤمنون بها ، وذلك فى إطار من تقدير وقائع القضية ، وما تلك الوسائل والطرق إلا من قبيل الفنيات التى يصوغ بها القضاة قيمهم الشخصية ، أو على أقل تقدير فإن القضاة ينتمون إلى طريق أو وسيلة من هذه الوسائل استنادا إلى قيمهم الشخصية .

وفى أى من الحالتين يظهر جليا أن قيم القضاة الشخصية هى الأساس فى تحديد الحكم الذى تصدره المحكمة وهى تتأثر كثيرا بالذهب الدينى فقد يفسر رأى القاضى فى بعض الأحيان بالنظر لأنه كاثوليكي⁽²⁹⁾.

ويلاحظ وكما قال بنيامين كاربوزو والذى أصبح بعد ذلك عضوا بالمحكمة أنه "داخل كل منا نهر من الميول ، سواء سميتها فلسفة أم لا ، وهى تعطيه التماسك والاتجاه فى التفكير والفعل ، والقضاء لا يهربون من هذا التيار أكثر من أى شخص آخر⁽³⁰⁾ . ويمكن تقسيم الاتجاهات الفكرية لقاضى المحكمة العليا إلى قسمين : قسم متحفظ وآخر متحرر ، ومعظم المواضيع التى تشملها القضايا الدستورية تشمل نزاعا بين أوضاع المتحفظين والمتحررين ويمكن تقسيمها لثلاث مجموعات :

الأولى : وتسمى مجموعة الحرية مثل مسائل الحريات المدنية والتى تشمل الحقوق الإجرائية مثل حق المتهم الجنائى ، والحقوق الموضوعية مثل حرية التعبير وحرية الديانة ، ويلاحظ أن الموقف المتحرر مع هذه الحقوق والموقف المتحفظ يعطى وزنا أكبر نسبيا للقيم التى تتنافس مع هذه الحقوق مثل

القدرة على مكافحة الإجرام بجدارة.

الثانية : يطلق عليها مجموعة المساواة وهي تشمل المواضيع المتعلقة بالادعاء بوجود معاملات فيها تميز وتفرقة وينطبق عليها التعديل الرابع عشر للدستور ، ويميل موقف الأحرار لمساندة هذه الادعاءات بينما يميل المحفظون إلى تقليل التعاطف معها .

الثالثة : وتسمى مجموعة المعاملة الجديدة "new dealism" ويمكن أن نطلق عليها أيضا مجموعة التنظيم الاقتصادي وتشمل هذه المجموعة المسائل المتعلقة بالتنظيمات الاقتصادية الحكومية، ويلاحظ أن الموقف المتحرر تجاهها قد يكون معقدا بعض الشيء إذ يميل لتأييد التشريعات التنظيمية التي في صالح العمال دون أصحاب الأعمال بينما يميل الموقف المتحفظ الى معارضتها.

ويحدث بالطبع أن تتواجد قضايا لا علاقة لها بالمجاميع السالفة مثل النزاع بين الولايات على حقوق المياه، كما يحدث أن يكون هناك نزاع بين قيمتين متحررتين مثل النزاع بين حرية الصحافة وحق المتهم الجنائي في محاكمة عادلة.

هذا ويمكن أن يحدث تغير في وجهة نظر المحكمة أو أغليبتها تجاه موضوع معين، والعادة أن القاضي يكون لديه ثبوت في تفكيره ، ويحدث أحيانا أن مركز القاضي داخل المحكمة يتغير للتحول في ثقل المركز الأيديولوجي للمحكمة، فالقاضي ستوارت على سبيل المثال اتجه ناحية الجانب المتحرر للمحكمة، ويرجع ذلك أساسا إلى أن التعيينات الجديدة ككل في السبعينات حركت المحكمة تجاه الجانب المتحفظ.

ولكن قد يحدث التغيير في آراء القاضي نفسه بمضى الزمن ومثال ذلك القاضي "هارى بلاكمان" والذي عينه الرئيس نيكسون سنة ١٩٧٠ حيث تحالف في البداية مع القضاة المتحفظين، وكان صديقا لرئيس القضاة "بيرجر" نظرا لنشأتهما المشتركة بمينسوتا حيث كان يطلق عليهما "توم مينسوتا" ولكن تدريجيا تحرك تجاه وسط المحكمة وأصبح يتفق مع القاضي المتحرر برينز أكثر مما كان يتفق مع بيرجر ولما سئل عن ذلك أشار إلى أنه قد أصبح هناك هدف شخصي له، وهو أن يمنع المحكمة من الانفراس السريع تجاه اليمين المتحفظ وأنه من الطبيعي أن يحدث التغيير في المواقف، إذ إن الانسان ينضج بمضى السنين⁽³⁾. ومعنى ذلك وحسب استنتاج أحد المراقبين أنه يرفض القاعدة التي تقرر استقرار الموقف الأيديولوجي للقاضي.

والأكثر شيوعا من التحول الأيديولوجي الشخصى هو التحول في وجهات نظر القضاة كمجموعة تجاه مسائل محددة بتأثير من الظروف الخارجية، فمثلا عندما بدأت الحرب الباردة مع الاتحاد السوفيتي في أواخر الأربعينات فقد أدى ذلك إلى أن كثيرا من الأميركيين قد أصبحوا ينظرون إلى الحزب الشيوعي بصفته يمثل تهديدا للأمن القومي، وتأثر غالبية قضاة المحكمة العليا بذلك وشاركوا وجهة النظر هذه وعلى أثر ذلك أيدوا الإدانة الجنائية لقادة الحزب الشيوعي في قضية (Dennis v. United States)

ويمثال ذلك أن نمو حركة مساندة حقوق المواطنين السود في الخمسينات والستينات قد أدى لزيادة المساندة الشعبية لتلك الحقوق وتعاطف معظم القضاة بالمحكمة العليا وعلى إثره ألغت المحكمة إدانة مظاهري الحقوق المدنية الذين تم القبض عليهم.

ويمكن أن ننسب مثلا ثالثا - أقدم زمينا من سلفيه - ويوضح الأمر بصورة أكبر، إذ يبين منه

أن مجرد زوال الظروف البيئية المحيطة تؤدي الى عودة القضاة إلى سابق عهدهم.

ويظهر ذلك جليا في قضية Gobitis⁽³²⁾ والتي تلخص في أن المذكور كان يهودي الديانة، ويرى ولديه على ركيزة عن الرفض لفكرة تقديس الأصنام، ومن ثم فقد رأى أن تعليمات مجلس مدرسة طفليه بتحية العلم مخالفة لديانتهما.

ولما امتنع الطفلان عن تحية العلم تنفيذا لأمر أبيهم، فصلتهما المدرسة، وقد رفع الأب دعوى ضد مجلس المدرسة متهما إياه بأن تعليماته تنتهك التعديل الأول والذي يحمي حرية الدين، وقد كسب Gobities أمام المحاكم الدنيا، وأمام المحكمة العليا كان الوقت حرجا وحساسا، إذ كان ذلك سنة ١٩٤٠ في وقت كان هتلر فيه قد غزا أجزاء كبيرة من أوروبا وعلى وشك غزو إنجلترا وكان هناك خشية أن يغزو أمريكا ذاتها.

وهكذا ظهرت الحاجة الشديدة لدعم الوطنية في الولايات المتحدة الأمريكية ولو على حساب حرية الدين، لذا ذهبت أغلبية المحكمة المكونة من ثمانية إلى أن تعليمات مجلس المدرسة محل الطعن لا تنتهك الحرية الدينية، ولم يعترض على هذا الحكم سوى القاضي ستون.

وبعد عامين وبتأثير زوال احتمال غزو أمريكا من قبل هتلر، زال إلى حد كبير الظروف البيئية المؤثرة على موقف القضاة، فعدل عن موقفه كل من القضاة بلاك وميرفي وبوجلاس، وأكدوا أن حرية الديانة يجب أن تكون لها الأولوية.

وبعد ذلك بسنة ولما أصبحت هزيمة هتلر وشيكة عدلت المحكمة عن سابقة Gobities⁽³³⁾.

ويمكن أن نضرب مثالا رابعا لتأثير العوامل البيئية على قضاة المحكمة بأن نمو حركة حقوق المرأة والمطالبة بمساواتها بالرجل في السبعينات عنها في الستينات قد جعل القضاة المتحفظين في السبعينات أكثر تعاطفا مع تلك الحقوق عن القضاة المتحفظين والمتحررين أيضا في الستينات، رغم أنه من المفترض أن القضاة المتحفظين قليلو التعاطف مع تلك الحقوق.

ويحدث التغيير في موقف المحكمة أيضا بتأثير من التعيينات الجديدة بها حيث يؤدي ذلك إلى وجود قضاة نوى ميل مختلفة عن سابقيهم مما يؤدي إلى التغيير في كثير من الأحيان. وتاريخ المحكمة العليا منذ الخمسينات يظهر هذا الأمر، فمحكمة "وارن" حال بدايتها كانت مقسمة بين المتحررين والمتحفظين وفي الفترة من ١٩٥٨ حتى ١٩٦١ كان هناك أربعة قضاة متحررون وخمسة متحفظون ولكن تحفظهم بمقارنة التحفظ في العشرينات يعتبر معتدلا.

وفي سنة ١٩٦٢ أحدث الرئيس كيندي تعيينين بالمحكمة فقد عين المعتدل بيرون ويت محل المتحفظ ويتكر وعين المتحرر آرثر جولبرج محل فيلكس فرانكفورتر، ولاشك أنه في محكمة منقسمة انقساماً يكاد يكون متكافئاً فإن التعيين سأل في الذكر يغيرا من الأمر، وقد تعزز ذلك بتعيين "تيرجود مارشال" في سنة ١٩٦٧ ليحل محل توم كلارك وقد سبق ذلك سنة ١٩٦٥ تعيين أبي فورتاس بدلا من جولبرج، وعلى أثر ذلك فقد أصبحت الفترة من ١٩٦٢ إلى ١٩٦٩ أكثر فترات المحكمة تحروا.

وفي الفترة من ١٩٦٩ إلى ١٩٧١ استطاع الرئيس نيكسون بأربعة تعيينات جديدة أن يعيد المحكمة إلى الاتجاه المتحفظ من جديد.

هذا وبجانب اتجاه القاضي المتحفظ أو المتحرر والذي يؤثر على قراره فإن هناك مسألة يختلف

فيها القضاة وتسبق اتجاههم وهي موقف القاضي من النشاط القضائي، بمعنى أن القضاة قد يختلفون في نظرهم للمحكمة العليا وبورها فقد يميل القاضي إلى النشاط القضائي وقد يوجد آخر يميل إلى فكرة التقيد القضائي وإحجام المحكمة عن التدخل ولنضرب مثلا لتوضيح الأمر.

ذات مرة سئل القاضي هولز عن العدالة فأجاب بأنها ليست وظيفته وإنما وظيفته أن يلعب اللعبة حسب قواعدها⁽³⁴⁾، بينما في موقف مشابه لمت عينا القاضي بلاك وطارث يده اليمنى وأكد أن دوره الأساسي هو أن يقر العدالة.

وقد يكون القاضي متحفظا أو متحررا ورغم ذلك مع أو ضد النشاط القضائي.

ففي العشرينات وأوائل الثلاثينات كانت المحكمة تلغي التشريعات الاقتصادية الحكومية بتأثير من القضاة المتحفظين الذين آمنوا بضرورة تدخل المحكمة في هذه المجالات، بينما كان التحررون ضد هذا التدخل ومع سياسة العوائق القضائية، وبعد ذلك انعكس الحال منذ الأربعينات حيث كان النشاط القضائي مؤيدا للحريات المدنية وضد التشريعات المناهضة لذلك ويتأثر من إيمان الأحرار بالأمر بينما كان المتحفظون معارضين ومع سياسة العوائق والإحجام القضائي عن التدخل.

المبحث الثالث

نص القانون محل الطعن

من القضاة من آمن بأن الحكومة الأمريكية هي نظام مصمم لحماية حقوق محددة من خلال قيود دستورية مفروضة على الأغلبية، ومن ثم فإن مهمتهم كقضاة بالمحكمة العليا أن يعكسوا قيمهم السياسية على أحكامهم لضمان النتائج الصحيحة، وفي الثلاثينات كان القاضي Sutherland يؤمن ليس فحسب بأن الدستور يحمي⁽³⁵⁾ الملكية من التنظيمات التشريعية المتدخلة ولكن بأن واجبه كقاض هو حماية الملكية من هذه التشريعات، كما كان القاضي بلاك صاحب نظرة أوسع من سلفه إذ يؤمن ليس فحسب بضرورة حماية حق الملكية ولكن كافة الحقوق التي تضمنتها وثيقة الحقوق.

و القضاة الذين هم على شاكلة القاضيين سالفى الذكر ، لا يمنعهم نص القانون بحال من القضاء بعدم دستوريته ، وهكذا لا يشترطون في النص أن يكون ناطقا بعدم الدستورية .

بينما يوجد آخرون يرون أن دور المحكمة هو تبني ما تتخذه الحكومة الديمقراطية، والرقابة الدستورية هي عملية مضادة لرغبة الأغلبية وللديمقراطية وأمثال هؤلاء لديهم ميل أقل لكبح أعمال المشرع ، إذ طالما أن الدستور من الصعب تفهم معانيه ، فيجب احترام رغبات المشرع، ولو كانت لا تتفق مع ذاتية القاضي نفسه .

ومثال ذلك أن القاضي ستون كان شخصيا لا يتفق مع الكثير من تشريعات المعاملة الجديدة للمرأة، ومع ذلك كان يؤيدها ويختلف مع زميله Sutherland، حيث كان يؤكد دوما أن المحكمة 'لها' يجب أن يكون لها دور متواضع في هذا الأمر ، إذ إنها ليست الهيئة الوحيدة المفترض فيها لقرره على الحكم ووزن الأمور⁽³⁶⁾.

ونجد أن هاري بلاكمان وستيوارت صوتا لتأييد عقوبة الإعدام ، ومع ذلك صرح بلاكمان بعدم

تعاطف معها ، بل إن ستیورات قرر صراحة بأنه لو كان مشرعا ما صوت أبدا لصالحها .
ونجد أيضا أن رئيس القضاة بيرجر كان من رأيه أن السياسة التي تحرم التعليم على الأجانب المتواجدين بالبلاد بصورة غير شرعية ليس لها معنى وعتيفة وخاطئة ورغم ذلك كان منشقا على إلغاء هذه السياسة (37) .

وخلاصة الأمر أن القضاة من الفئة الأخيرة لا يذهبون لعدم دستورية النص التشريعي إلا حال وضوح ذلك .

ولكن الفئة الأكبر من القضاة لا تغضبها حالة النص على تبني سياسة محددة .

ويعد غير صحيح ما قرره القاضي روبرتس من أن دور المحكمة فحسب هو أن تضع النص القانوني المعيب في مواجهة النص الدستوري الذي انتهكه وتعلن ذلك بحكم قضائي ، ومن ثم فإن ما تملكه المحكمة من سلطة حقا هو قوة الحكم .

وقد أراد روبرتس بذلك أن ينفي أن المحكمة تلقى عمل ممثل الشعب وهو الكونجرس .

ونرى أن حالة النص المطعون في دستوريته نادرا ما تسمح بهذا الدور السلبي وإنما لابد من دور إيجابي لقضاة المحكمة العليا يعتمد على استنتاجاتهم لعنى القانون المطعون فيه .

المبحث الرابع

البيئة المحيطة بالمحكمة

إن ذلك العامل له تأثير محدود على المحكمة بالنظر لأن المحكمة العليا تتميز بتمتع أعضائها بالعضوية بها مدى الحياة، ومن ثم فهي تختلف عن البرلمان والرئيس الذين يتم انتخابهما، ولذلك لما سئل القاضي (مارولد بيرتون) عن شعوره لما انتقل من الكونجرس للمحكمة العليا أجاب أنه نفس الإحساس الذي يشعر به المرء لما ينتقل من السيرك إلى الدير (38) .

وانعزال المحكمة وسموها يرجع أيضا إلى وجود قيود رسمية وعملية تمنع من نشاط جماعات المصالح تجاهها إضافة إلى كونها الجهة القضائية العليا ومن ثم لا تراجعها محكمة أخرى .

ورغم التأثير المحدود بالبيئة المحيطة فسوف نعطي نبذة عن تأثير عوامل تلك البيئة وهي :

(أ) **الرأي العام** : إن للرأي العام بالطبع تأثيرا على المشرع بحسبان أن أعضاء الكونجرس يربون ضمان إعادة انتخابهم والتقدم السياسي إضافة لشعورهم ببعض المسؤولية في تمثيل وجهة نظر الأحزاب المثليين لها، لكن بالنسبة للمحكمة العليا فإن قضاتها لا يعتمدون على الرأي العام لكي يحتفظوا بأماكنهم وقليل منهم لديه الاهتمام بمناصب أخرى بالإضافة إلى أن المحكمة ليست جهة تمثيل، وعليه نجد أن هناك دورا محدودا للرأي العام على المحكمة ونجدها تتبنى أحيانا سياسات غير شعبية بالمرءة مثل أحكامها بتحريم الصلوات المنظمة في المدارس العامة وكذا مساندة المحكمة للمتهمين الجنائيين وبالأخص في الستينات .

ومع ذلك قد يكون للرأي العام بعض التأثير على المحكمة وذلك للشعور السائد لدى القضاة بأنه

كلما رأى الناس المحكمة بصورة صالحة كلما كان الاحتمال الأكبر أن يتمشوا مع سياساتها.

ولعل ذلك الاهتمام كان له دور حقيقي فيما قرره المحكمة فى قضية براون ضد مجلس التعليم حيث وضعت المحكمة جدولاً تدريجياً لمنع التفرقة العنصرية فى المدارس بدلاً من أن تضع إجراء فوراً، وهذه المرونة من المحكمة كانت بناءً على حسابات اتخذت وتوصلت لأن تلك المرونة مطلوبة للحصول على موافقة الجنوبيين على المبدأ العام لمنع التفرقة العنصرية وذلك رغبة فى ضمان مساندة الرأى العام للمحكمة، بل إن المحكمة مراعاة منها للرأى العام ورغبة منها فى اكتسابه وفرض هيبتها عليه تعتمد أن تسند كتابة بعض أحكامها الهامة لرئيس القضاة، مثلما حدث فى قضية براون سنة ١٩٥٤ وقضية الولايات المتحدة ضد نيكسون سنة ١٩٧٤.

ويحدث فى حالات قليلة أن نجد قضاة لهم مصالح شخصية فى شهرة أعمالهم وقد يرجع ذلك إلى رغبة القاضى أن يكون محبوباً ، أو إلى طموحه فى الحصول على منصب سياسى مستقبلى فى الحكومة كما حدث لوليام بوجلان والذى كان على ما يبدو له بعض الطموح كرئيس.

وأخيراً قد نجد أن الرأى العام قد يكون هاماً لأنه هو الأساس الشرعى لتفسير ما جاء بالدستور مثل التعديل الثامن والذى يحرم العقوبات القاسية وغير المألوفة والتي يعتد فيها بوجهة النظر الحالية للرأى العام. وهناك قلة من الفقهاء أمنت بأهمية أكبر للرأى العام ، وقد أعد بعضهم دراسات تؤكد ما آمنوا به ومنهم جازيانو وتوماس مارشال⁽³⁹⁾ نعرضها على النحو التالى :

١- دراسة السيد Gaziano

درس هذا الفقيه العلاقة بين اتجاهات الرأى العام وأحكام المحكمة المتعلقة بضمانات التعديل الأول وتوصل لما يلى:

أولاً : عندما أقل من ٤٠٪ من المواطنين يؤيدون الضمانات الواسعة للتعديل الأول فإن المحكمة العليا عندئذ تضيق وتقيّد منها.

ثانياً : عندما تتزايد الرغبة الشعبية عن النسبة السالفة فإن المحكمة العليا تمد ضمانات التعديل الأول بصورة أكبر من ذى قبل رغم أن الزيادة التى طرأت على الرغبة الشعبية لم تجعل تلك الرغبة تتجاوز ٥٠٪.

واكتشف الفقيه المذكور أن ٦٠٪ من الأحكام المقيدة من ضمانات التعديل الأول تصدر فى الأوقات التى تهبط فيها المساندة الشعبية لهذا التعديل. وعلى الإجمال فإن كل الأحكام المؤيدة للتعديل الأول تحدث إما فى فترات المساندة الشعبية المرتفعة أو فى الفترات التى تشهد انخفاضاً فى النسب فى طريقه إلى التزايد ، وعلى النقيض تصدر الأحكام المضيقة من حدود التعديل الأول حال انخفاض المساندة الشعبية.

وهكذا استنتج سيادته أن الأحكام المتعلقة بالتعبير الحر مرتبطة بالرأى العام.

٢- دراسة توماس مارشال

قام هذا الفقيه بدراسة تأثير الرأى العام على المحكمة العليا وتركزت دراسته على الفترة من ١٩٣٦ إلى ١٩٨٦ ، وقسم الأحكام الى أحكام شعبية تتفق مع اتجاهات الأغلبية ، وأخرى مضادة لها.

وتركزت دراسته على الأحكام الدستورية ، واهتم بتصنيف القانون إلى فيدرالى ومحلى وتوصل سيادته للنتائج الآتية:

أولا : أيدت المحكمة العليا ٨٠٪ من القوانين الفيدرالية المتفقة مع الرغبة الشعبية.

ثانيا : أيدت المحكمة العليا ٣٦٪ من القوانين الفيدرالية التى لا تتفق مع الرغبة الشعبية

ثالثا : أيدت المحكمة العليا ٤٧٪ من قوانين الولايات المتفقة مع الرغبة الشعبية.

رابعا: أيدت المحكمة العليا ٣٤٪ من قوانين الولايات غير المتفقة مع الرغبة الشعبية.

وقام بتصنيف القضايا إلى الأنواع الآتية :

١- قضايا الحريات الأساسية .

٢- القضايا الاقتصادية.

٣- القضايا فى أوقات الأزمات.

وقارن بين أحكام المحكمة العليا فى كل نوع وتوصل إلى أن المحكمة تتفق مع الرأى العام وفقا لما يلى:

- فى مسائل الحريات تتفق بنسبة ٦٦٪ وفى غيره بنسبة ٥٠٪.

- فى المسائل الاقتصادية تتفق بنسبة ٦٩٪ ونقل النسبة إلى ٥٩٪ فى غيرها.

- فى أوقات الأزمات تتفق بنسبة ٨٠٪ ونقل النسبة إلى ٦٧٪ فى غيرها.

وقد استنتج مارشال أن المحكمة العليا تميل إلى الخضوع لرغبات الرأى العام بالنسبة للقانون الفيدرالى أكثر من قانون الولاية و تميل إلى الاتفاق مع رغبات الشعب بصورة كبيرة خلال أوقات الأزمات ، ومن ثم فإن المحكمة إجمالا تتفق مع الرغبة الشعبية فى ٦٢٪ من الأحوال وتخالفه فى ٣٨٪ فقط.

ومن ثم كشفت هذه الدراسة عن حقيقة اهتمام المحكمة بالرأى العام فى حكمها وأنها حقيقة ليست كيانا معارضا للأغلبية.

ب- الإعلام والمجتمع القانونى :

١- الإعلام : يربط المحكمة بالشعب وهو إعادة مشاهدة لأعمال المحكمة ، وقد أظهر بعض القضاة بعض الحساسية لنقد الصحافة، وحدث ذات مرة أن كذب القاضى ستيرورات لإحدى الصحف محتجا على نقدها لأحد الأحكام^(٤٥).

وفى قضية (Gannett v. De Pasquale) سنة ١٩٧٩ قضت المحكمة بأن القضاة يمكنهم أن يحجبوا الجمهور بما فيه الصحافة عن حضور المحاكمات وهذا يعنى أن التعديل الأول والذي يحمى حرية التعبير أو الصحافة لا يعطى الجمهور الحق فى أن يحضر المحاكمات، وقد حدث انتقاد كبير لهذا الحكم بالصحف على أثره تراجعت المحكمة سنة ١٩٨٠ فى قضية (Richmond newspaper v.

Virginia) وقضت أن التعديل الأول يضمن حضور الجمهور لمعظم المحاكمات.

وقد قرر أحد الصحفيين وهو "آنتوني لويس" أنه يشك في أن المحكمة كانت ستغير اتجاهها بهذه السرعة لولا النقد الذي تعرضت له.

٢- المجتمع القانوني : له دوره الهام بحسبان أن القضاة يستمدون كثيراً من أفكارهم من ذلك المجتمع فكثير منهم يحتفظ بعلاقاته مع المحامين وقضاة المحاكم الدنيا رغم تعيينه بالمحكمة العليا، كما أن القضاة يستفيدون من المجتمع القانوني بصفته خبيراً مقيماً لأعمال المحكمة، وبالأخص يستفيد القضاة من المجالات القانونية التي تنشر بواسطة كليات الحقوق وقد ينقل القاضي فقرة منشورة بمجلة لمساندة رأيه.

ج- الخصوم وجماعات المصالح؛

لاشك في وجود بعض التأثير الناتج عن الخصوم وجماعات المصالح وما يقدموه من مناقشات شفوية ومذكرات مكتوبة.

وقد قال القاضي هارلن ذات مرة إن المنازعات الشفوية قد تكون في كثير من الأحيان الفارق بين المكسب والخسارة (41).

ولا شك أن خبرة وكيل النيابة في مكتب المدعي العام تساعد في نجاح الحكومة في أن تقبل طعونها للاستماع ويشبه ذلك خبرة المحامي.

ولكن يلاحظ أن ذلك التأثير الكبير على الاستماع للقضية ينقص عند الحكم فيها كما في معظم القضايا التي تكون للمحكمة فيها عقيدة سابقة أو رغبة في الحكم بطريقة معينة، ففي قضية جيديون والتي أقرت فيها المحكمة حق المتهم الجنائي الفقير في استشارة محام كان القاضي فورتاس وقتها محامياً شهيراً وخصمه محام ضعيف الإمكانية ورغم ذلك قيل إن فصاحة وبلاغة فورتاس كانت ضرباً على باب مفتوح، وعليه فإن فصاحة وقوة المحامي تكون لها تأثير في القضايا التي لا يكون للقضاة عقيدة سابقة فيها أو ميل قوي للحكم فيها بطريقة معينة.

د - الكونجرس (42).

يؤثر الكونجرس بشكل كبير على سلطات المحكمة فقد يحد من سلطاتها الاستثنائية أي سلطاتها في الاستماع للقضايا، كما فعل سنة ١٨٦٨ لكي يمنع المحكمة من الحكم على دستورية تشريعات إعادة البناء، كما أن الكونجرس يتحكم في ما هيئات قضاة المحكمة العليا وإن كان لا يستطيع أن يخفضها، ويتحكم الكونجرس في عدد القضاة رغم أن عدد تسعة الذي استقرت عليه المحكمة قد أصبح من الصعب تغييره.

هذا وقيام الكونجرس بالتشريع الموضوعي ربما يؤثر على المحكمة بصورة كبيرة إذ قد يقوى أو يضعف السياسات التي صنعتها المحكمة في مجالات معينة وقد يقصد منه إيقاف اتجاه معين للمحكمة. وإذا كان الكونجرس على صلة بالمحكمة بهذه الصورة فإننا نجد أنه من الصعب أن يكون أعضاء المحكمة غير مهتمين بأعمال الكونجرس، فقد يشكل القضاة ضغطاً مباشراً داخل الكونجرس ضداً أو مع تشريع معين، ومثال ذلك الجهود التي بذلها رئيس القضاة تافت ليصدر القانون القضائي (the judiciary act) سنة ١٩٢٥ وهذا القانون أعطى للمحكمة العليا حرية اختيار واسعة، كما أن

بعض أعضاء المحكمة تدخلوا للعمل على هزيمة روزفلت عندما لجأ إلى خطة تكديس المحكمة سنة ١٩٣٧، كما أن رئيس القضاة بيرجر كان نشيطا في الدعوة للتشريعات التي تؤثر على المحكمة وكذا المحاكم الفيدرالية .

هذا ونجد أن سياسة المحكمة أحيانا تحركها الرغبة في تأخير الكونجرس عن تقديم تشريع يهاجم المحكمة فيه بطريقة أو بآخرى، وعليه نجد أنه خلال عدة فترات زمنية في تاريخ المحكمة كان يحرك القضاة هدف تجنب الأحكام التي قد تستثير الكونجرس كما حدث مع مارشال في أوائل القرن ١٩.

وبعد الحرب الأهلية تراجعت المحكمة عن النزاع مع الجمهوريين لذا وافقت على النص الذي يزيل سلطتها في مراجعة تشريعات إعادة البناء.

وأكثر الحالات وضوحا لما غيرت المحكمة من موقفها المعارض لتشريعات المعاملة الجديدة سنة ١٩٣٧ في حين كان الكونجرس ينظر في خطة الرئيس روزفلت لتكديس المحكمة.

وفي الفترة من سنة ١٩٤٥ إلى سنة ١٩٥٧ تبنت المحكمة سياسات المستقلين في عدة مجالات وبالتالي أثارت قدرا كبيرا من عدم الارتياح مع الكونجرس ومع الشعب ككل، وخلال هذه الفترة تقدم العديد من أعضاء الكونجرس بقوانين تهاجم سياسات المحكمة وتحد من سلطتها القضائية، وقليل منها هو الذي حصل على اهتمام جاد وعلى أثر ذلك تراجعت المحكمة عن سياستها، الأمر الذي وصفه أحد المعلقين بأنه انسحاب تكتيكي (a tactical withdrawal) ⁽⁴³⁾. وفي الفترة من ١٩٥٠ وحتى تاريخه لا يوجد تأثير ملحوظ على المحكمة من رد فعل الكونجرس .

هـ: رئيس الولايات المتحدة،

له عدة وسائل يؤثر بها على المحكمة فهو يساعد في عملية الخصومة أمام المحكمة بتعييناته التي يجريها للمدعى العام ، كما يمكنه الوقوف مع أو ضد المحكمة في الكونجرس، كما يمكن أن يساعد في تطبيق سياسات المحكمة أو رفض ذلك، كما أن الرئيس هو الذي يرشح أعضاء المحكمة ولهذا دوره الكبير في التأثير على مآنتنتجه المحكمة بعد ذلك، ولهذا نجد أن بعض القضاة مثل أبي فورتاس قد احتفظوا بعلاقات جيدة مع الرئيس.

المبحث الخامس

دور رئيس المحكمة

إن مهام رئيس القضاة كبيرة ومتعددة وخطيرة، وهذا مادفع ثاني رئيس للولايات المتحدة بعد الرئيس جورج واشنطن وهو المدعو جون آدمز أن يقول إن مهام رئيس قضاة المحكمة العليا تفوق مهام رئيس الولايات المتحدة.

والحقيقة أن لرئيس المحكمة سلطات رسمية وغير رسمية ومكانة تسمح له بالتأثير على زملائه.

وأهم سلطة رسمية للرئيس هي رئاسته للمحكمة في الجادلات الشفوية وفي المؤتمر إضافة إلى أنه أول من يتحدث فيه ، وقبل كل ذلك يحدد الرئيس كشف المناقشة "Discuss List" وهو الكشف

الذي ينطوي على القضايا التي سوف تبحث المحكمة ما إذا كانت ستقبلها من عدمه ، وبالتالي فإن المستبعد من هذا الكشف يرفض تلقائيا ، وإذا كان الرئيس في جانب الأغلبية فهو يحدد القاضي الذي سيتولى كتابة الرأي.

ويحدث أن ينتمي الرؤساء للأغلبية خصيصا حتى يتمكنوا من تحديد من يكتب رأي المحكمة - وحتى لا يكتسب هذه السلطة أقدم الأعضاء في الأغلبية ، ومن الرؤساء الذين درجوا على ذلك رئيس القضاة بيرجر ، حيث كان يؤخر الإفصاح عن رأيه حتى تشكل الأغلبية وتتضح فينتهي إليها رغم أن العرف قد جرى على أن الرئيس يفصح عن رأيه أولا.

وقد حدث أن داعبه القاضي ستيوارت ذات مرة فرسم مقبرة له وكتب عليها عبارة "لن ألعب الآن" (44).

وقد استطاع رئيس القضاة إيرل وارن أن يحدد من يكتب رأي المحكمة في ٨٠٪ من الأحكام التي صدرت طيلة رئاسته للمحكمة، ويهدف الرئيس من العهد بكتابة الرأي إلى قاض معين إلى تقوية الأغلبية بأن يعين أكثر الأعضاء توسطا (45) في الأغلبية كي يتمكن من جذب الآخرين وتقديم وجهة متحدة أو شبه متحدة للمحكمة ، كما قد يسعى الرئيس عن طريق تلك السلطة إلى تحقيق سياسته الشخصية بأن يكتب الرأي بنفسه أو يسنده لأقرب أعضاء المحكمة إليه أيديولوجيا. ورغم كل ماسلف فإن وسائل قيادة الزملاء داخل المحكمة غير كافية على ما يبدو ، وهذا ما أوضحه رئيس القضاة رنكوست عندما ذكر أن قضاة المحكمة العليا ليسوا مروعسين حقيقة لرئيس القضاة ولا يستطيع أن يواجههم بالنظر لأنهم مثل رئيس القضاة لديهم الحق في الاستمرار بالخدمة طالما سمعتهم حسنة ، وهم مستقلون لاسلطان عليهم ، وأقصى ما يستطيعه رئيس القضاة أن يحاول إقناعهم بمسيرته (46).

وإزاء ما تقدم فلا بد أن يتوافر لدى رئيس القضاة مقدرة سياسية إضافة إلى تلك القضائية ، ومعظم رؤساء القضاء الأفاضل جاؤا من مناصب سياسية ، فمارشال كان وزير داخلية الرئيس جون أدامز ، وتاني كان وزير مالية ، وهيوز رشع من قبل الحزب الجمهوري في انتخابات سنة ١٩١٦ ضد الرئيس ويلسون إلا أنه فشل ورشح بعد ذلك كرئيس للقضاة ونجح ، وانتخب إيرل وارن محافظا لكاليفورنيا ثلاث مرات .

وهكذا على رئيس القضاة حتى ينجح أن يتوافر لديه الحس السياسي والقدرة على التعامل مع جميع فئات الشعب بطبقاته المختلفة.

وقد أكد رنكوست ذلك عندما قرر بأن رئيس القضاة لا يجب أن يكون فقيها فحسب وإنما يجب أن تتوفر فيه إضافة للحس القضائي القدرة على التخطيط. وعلى ذلك يجب أن يتسلح رئيس القضاة بالمهارات السياسية حتى يتعامل مع زملائه شديدي الاستقلال، وحتى يكون قادرا على إظهار المحكمة بصورة جيدة أمام أعين الشعب.

ويعد جون مارشال من أكفأ رؤساء القضاة إن لم يكن الأكفأ وقد قاد المحكمة طيلة ٣٤ عاما وكتب أكثر من نصف آراء المحكمة في كل القضايا المعروضة عليها وتقريبا كل آراء المحكمة الدستورية عدا تسعة اعترض عليها، وتأثر زملاؤه في المحكمة كثيرا به.

وكان يمتلك رؤية واضحة للاحتياجات الدستورية للوطن الوليد ظهرت جيدا طيلة فترة حكمه عامة، وفي قضية ماربري سنة ١٨٠٢ خاصة، وقد وجد مارشال الدستور قصاصة من الورق فجعله قوة ووجده هيكلا عظميا فكساه لحما كما حول المحكمة العليا إلى إدارة منسقة تمام التنسيق مزودة بالسلطة النهائية لحماية الدستور⁽⁴⁷⁾.

ولا يقل عن مارشال كثيرا رئيس القضاة - هيوز - والذي قاد المحكمة في الفترة من سنة ١٩٣٠ حتى سنة ١٩٤١ واعتبر رئيسا عظيما بل ليس له مثيل في القرن العشرين.

وكان هيوز فذا في تقديمه للحقائق القانونية لزملائه والتي تثيرها القضية ، وموهوبا في تحريك زملائه تجاهه حتى المشاكسين منهم، وكان يعطى أصغر القضاة الإحساس بأهمية رأيه حتى وإن اختلف معه ، وكان قادرا على توجيه الحوار رأسا إلى الموضوع وذلك في المؤتمر القضائي، ورغم أن هيوز كان رئيسا للقضاة خلال فترة الثلاثينات التي شهدت الصراع مع روزفلت فقد وجه خطابا للجنة القضائية لمجلس الشيوخ يعلن فيها رفضه لخطة تكديس المحكمة ولما عدلت المحكمة عن موقفها المعارض انضم للأغلبية المؤيدة لسياسة المعاملة الجديدة ، وهجر رأيه القديم.

وكان مارشال وهيوز يمتلكان القدرة على فهم نقاط الضعف والقوة في زملائهم القضاة، وامتلكا القدرة على قيادة المحكمة والتعامل باحترام وقاطعية مع الزملاء.

وكان شاغل كليهما⁽⁴⁸⁾ تنمية وتطوير الاحتياجات الأساسية الدستورية للدولة، وظهر ذلك واضحا في الأحكام الصادرة في عهدهما.

ونجد مثلا أن رئيسا مثل وارن بيرجر كان لا يمتلك موهبة القيادة أو القدرة على تضيق هوة الخلاف مع معارضيه⁽⁴⁹⁾ عكس إيرل وارن الذي نجح في القيادة رغم صعوبة الظروف التي كانت تحيط بالمحكمة في عهده، وخاصة في ظل وجود زملاء ربما أكثر منه كفاءة قانونية مثل بلاك وبوجلاس ، إضافة إلى انقسام المحكمة انقسامًا متكافئا في عهده بين المحررين والمحفظين.

المبحث السادس

مدى تجاوب القضاة مع بعضهم وطبيعة العلاقات بينهم

إن أحكام المحكمة العليا يمكن القول بانها تتخذ و تتشكل بصورة شخصية وبصورة مجتمعة بمعنى أن القاضي يعمل بعيدا عن زملائه ويساند حجاب من ناحية و من ناحية أخرى فإنه يتداول مع زملائه في المؤتمر ويؤثر ويتأثر برأيهم ، وتحدث تلك المناقشات خارج المؤتمر أيضا، ولعل مايشجع على ذلك هو الرغبة الداخلية لكل قاض في أن تصدر الأحكام بالإجماع، وهذا التجاوب يؤتي مفعوله حيث يؤثر في الحكم النهائي الذي يصدر عن المحكمة إذ يحدث أن يكون ذلك الحكم النهائي مختلفا تماما عن الاتجاه المبدئي ، فرأى المحكمة يتشكل نتيجة المداولات بين القاضى المعين لكتابة الحكم وزملائه ومن ثم يحدث أن يختلف ذلك الرأي تماما عن مسودته الأولى و، وهذا ماحدث مثلا في قضية (United States v. Nixon) سنة ١٩٧٤ ، والتي فيها كان الرأي الأصلي لرئيس القضاة بيرجر غير مرضى عنه من عديد من زملائه وبالعامل والمداولة سويا توصل القضاة للحكم النهائي والذي صدر بالإجماع ونشر باسم بيرجر⁽⁵⁰⁾.

والحقيقة أن تغيير القاضي لموقفه المبني في المؤتمر قد يحدث نتيجة دراسة مستقلة بجريها القاضي بنفسه ولكن غالبا ما يتم تحول المواقف نتيجة تأثر القاضي بزملائه ، وهذه المرونة القضائية التي تؤدي إلى تحويل الاتجاهات للوصول لآراء جماعية لعل أبرز أمثلتها هو قضية (51) (Brown v. Board of Education) والتي كانت المحكمة مبدئيا منقسمة بصدها ثم استطاعت التوصل لحكم جماعي.

هذا وقد يحدث نوع من التداخل بين القيم الشخصية للقاضي ومدى تجاوبه وتأثره بالجماعة ، فنجد مثلا أن القاضي المتحفظ الذي يميل في المؤتمر لموقف متحيز يكون من السهل التأثير عليه عن طريق زملائه المتحفظين ليغير من موقفه عند إصدار الحكم النهائي. وفيما عدا رئيس القضاة فإن القضاة الآخرين لديهم فرص متساوية للتأثير، لكن ومثل أي إنسان يحدث الاختلاف في مدى استغلال ذلك ، وقد قال دوجلاس عن زملائه ستون وفرانكفورت إنهم كانوا مبشرين بمعنى أنهم يسعون دائما للتأثير على زملائهم بأرائهم، بينما نجد أن دوجلاس كان في أقصى الناحية المضادة إذ إنه كان قاضيا لا يهتم إطلاقا بالسعي للتأثير على زملائه وكتب عنه كنوع من السخرية - بأنه يكون حزينا جدا إذا اتفق أحد الزملاء معه في المحكمة في ذات الرأي.

ولا جدال في أن مهارة العقلية القانونية والقدرة على المجادلة والإقناع تساعد القاضي في التأثير على زملائه ، وينطبق ذلك على كل من جون هارلان ولويس باول.

ويلاحظ أن المهارة وحدها لا تصلح للإقناع إذ لا بد أن يكون القاضي على علاقة حسنة بزملائه ، فالقاضي جيمس ماكربنولز مثلا كان غريبا عن زملائه، ومن ثم فقد فرصته في التأثير عليهم، وحتى يمكن تفهم الأمر جيدا فإن الأمر يحتاج إلى دراسة تفصيلية لحالة كل من القاضيين فرانكفورت ويلاك (52).

أولا : القاضي فرانكفورت :

هاجر من النمسا سنة ١٨٩٤ إلى أمريكا وكان سنه وقتها اثني عشر عاما، ولم يكن يتكلم الإنجليزية لكنه سرعان ما أجادها ، ودخل كلية حقوق هارفارد وتخرج أول دفعته ، وفي بداية عمله المهني عمل كمساعد للمدعي العام بنيويورك ، وذا ع صيته كأستاذ لعلم القانون الدستوري والإداري واشتهر عنه أنه كان من المدافعين عن الحقوق المدنية وكان عضوا مؤسسا في اتحاد الحريات المدنية وكتب العديد من المقالات المؤيدة لتلك الحقوق.

وصادق المذكور فرانكلين روزفلت وكان مستشاره الأمين بصورة غير رسمية - إبان كان روزفلت محافظا لنيويورك - ولما أصبح الأخير رئيسا للولايات المتحدة لم يتوقف عن استشارة فرانكفورت ، وعرض روزفلت عليه العديد من المناصب الرسمية إلا أنه رفضها جميعا، ولما عرض عليه ترشيحه كقاض بالحكمة العليا أجابه فرانكفورت بسعادة بأنه كان يتمنى لو كانت والدته على قيد الحياة لترى ذلك، وعين بالفعل سنة ١٩٣٩ .

ثانيا : هيوجو بلاك :

عين بلاك قبل تعيين فرانكفورت بسنتين بالحكمة العليا أي في سنة ١٩٣٧ ، ولم تكن ظروفه العائلية والدراسية تؤهله لأن يتوقع منه قيادة المحكمة مثل فرانكفورت ، فلم يكن خريجا لها رفاة ولا ناصحا أميناً لرئيس البلاد، إذ كان خريجا لكلية حقوق الاباما واشتهر كمحام على المستوى الابتدائي

للولاية، وفي سنة ١٩٢٥ رشح نفسه في انتخابات مجلس الشيوخ عن ولاية ألاباما ونجح، وساند سياسة المعاملة الجديدة لروزفلت إبان كان عضوا بمجلس الشيوخ وأكد أنها تتفق مع المبادئ الدستورية. وهاجم بعنف سياسة المحكمة المتحفظة المتعارضة مع هذه السياسة .

وبدأ دوربلاك القيادي بالمحكمة يظهر سنة ١٩٤١ في قضيتين منضمتين (٥٣) تخلص وقائعهما في أن أقوالا كتبت بالصحف اعتبرت ازدياء لحكمة الولاية الأمر الذي دفع إلى توقيع عقوبة جنائية على مقترفي ذلك على أساس من تهمة ازدياء المحكمة.

ولما طعن أمام المحكمة العليا على أساس من مخالفة الأمر لحرية التعبير المحمية دستوريا بالتعديل الأول، كتب بلاك رأى المحكمة وتبعه الميعنون من قبل روزفلت عدا فرانكفورتر.

وأكد بلاك على أنه لا يجوز تحريم الكلام، وأنه يعد افتراضا خاطئا الاعتقاد بأن احترام القضاء لا يتأتى إلا بمنع نقده ، إذ يخطئ صاحب هذا الاعتقاد في تقييم دور الرأي العام الأمريكي.

فمن عظمة أمريكا أنها تسمح للمرء أن يقرر ما في عقله رغم أن مذاقه قد لا يكون مستملا من قبل مؤسسات الدولة.

وأكد بلاك أن التعديل الأول يمنح الحرية طبقا للدستور ، وأن ذلك يشهد ساعده مع الأيام.

وقد احتج فرانكفورتر مؤكدا أن سلطة الزدياء هي وسيلة المحاكم لحماية استقامة العملية القضائية ، ولايجوز إعطاء مكانة متميزة للتعديل الأول على حسابها.

ويؤثر التساؤل كيف فقد فرانكفورتر الآمال المعلقة عليه كقائد للمجموعة الليبرالية بالمحكمة والتي عينها روزفلت ؟ وكيف تمكن بلاك من تولي زمام الأمور رغم أن التوقعات لم تكن ترشحه لهذه المكانة؟.

والإجابة على ذلك مرجعها إلى أن الزملاء تأثروا سريعا بشخصية بلاك ومهارته ونمطه في التعامل معهم والذي اختلف عن فرانكفورتر الذي كان يميل إلى محاضرتهم وكائنهم أقل منه، بينما عرف بلاك كيف يتواضع.

وهكذا كلما حاضر فرانكفورتر زملاءه كلما فقد تأثيره عليهم، وقد عاب فرانكفورتر أيضا أنه كان ينكلم بصورة سيئة عن زملائه الذين لا يتفقون معه فاتهم القاضي ميرفى بمحدودية الذكاء واتهم القاضيين بلاك وبوجلاس بالاجوء لأسلوب المناورة السياسية، أما بلاك فلم يلجأ أبدا لأسلوب الإهانة الشخصية، ولم يحاول أن يفرض ما يريد وإنما كان يعتمد على نتيجة المناقشة.

ونخلص مما سبق إلى أن سبب نجاح بلاك وفشل فرانكفورتر هو أسلوب التعامل مع الزملاء ، وذلك إضافة إلى أن الأول كان أكثر قدرة من الثاني على فهم دور المحكمة في حماية الحريات الشخصية الواردة بوثيقة الحقوق، وخاصة في ظل التطورات الحديثة المؤدية إلى توافر حكومة كبيرة ذات إمكانيات تكنولوجية عالية تمكنها من انتهاك الحقوق والحريات الشخصية.

وإذا كان هناك خلاف بين قضاة المحكمة بصورة شخصية فلا بد أن يؤثر ذلك على الحكم ، ففي العشرينات والثلاثينات كان القاضي ماكربنولدز يخرج من قاعة المحكمة التي ينعقد فيها مؤتمرها الأسبوعي كلما تكلم القاضي لويس برانديس أول قاض يهودي بها.

ورغم صعوبة التوصل لحقيقة علاقة كل قاض بزميله داخل المحكمة إلا أن هناك مؤشرا عليها وهو الآراء التي ينشرها القاضى اعتراضا على الأحكام والغالب أنها محترمة ومهذبة إلا أنه يوجد بعض الاستثناءات على هذا الأمر⁽⁵⁴⁾.

ومن ذلك أن رئيس القضاة بيرجر كان قد وضع معايير في عهده لقياس مدى دستورية أعمال الحكومة التي تخالف فقرة السيادة في المجال الدينى ، وأول تطبيق لتلك المعايير كان فى قضية Lemon سنة ١٩٧١ وطبقت بعد ذلك بصفة منتظمة وسميت *Lemon test*، وحدث فى إحدى القضايا سنة ١٩٧١ أن خرج بيرجر على تلك المعايير.

وهنا خرج القاضى برين فى رأيه المحتج عن حدود اللياقة فى اعتراضه وأكد أن طلبة القانون يمكنهم أن يصدروا حكما أفضل من ذلك⁽⁵⁵⁾.

وفى نهاية الثمانينات ونظرا لقيام الرئيس ريجان بإحداث تعيينات جديدة بالمحكمة تغيرت الأغلبية داخل المحكمة وتغيرت آراء المحكمة بصورة واضحة مع حدوث بعض الشجار بين قضاتها.

ومن القضاة حديثا نوى النبرة الحادة فى النقد القاضى سكاليا وكان ينتقد المحكمة بعنف قبل دخوله لها، ولما دخلها لم تتغير نبرته.

وفى سنة ١٩٨٩ كانت رغبة سكاليا وثلاثة من زملائه منعقدة على تغيير ماسبق أن سنته المحكمة من قواعد خاصة بالإجهاض ، وكان يحتاج صوتا خامسا هو صوت القاضية ساندرنا، ولما كانت ساندرنا قد رأت أن هذه القضية ليست مناسبة لسن القاعدة الجديدة فقد هاجمها سكاليا بشدة ، وبصفة شخصية.

ولا شك أن هذا الهجوم - بفرض أن ساندرنا كانت مترددة فى الأمر - دفعها إلى أخذ وجهة النظر المعاكسة لسكاليا ، إذ ما الذى يدفعها لتبنى وجهة نظر قاض يهاجمها، إذ إن الأمر حينئذ قد يفهم على أنها خشيت من الهجوم.

ونرى أن الشجار⁽⁵⁶⁾ بين قضاة المحكمة يستنزف من رصيد الاحترام الاجتماعى لها ويؤثر بشدة على اتجاهات الأحكام.

المبحث السابع

رأينا فى الموضوع

إن الدراسة السالفة للعوامل التى تؤثر فى صنع الحكم يمكن أن يستخلص منها أن المحكمة مثلاً مثل الكونجرس ومؤسسة الرئاسة من حيث الحركة الداخلية فيها ، إن يشترك القضاة فى مجالات ومناقشات قد تكون حادة فى بعض الأحيان وذلك حال ممارستهم اختصاصهم تشابه المجالات التى تحدث فى الكونجرس حال قيامه بالتشريع ، وقد تحدث ضغينة بين القضاة كما يحدث بين أعضاء السلطة التنفيذية.

ولعل بعض المراقبين ينظرون إلى عملية صنع الحكم القضائى عن طريق المفاوضات والمجادلات كما أسلفنا على أساس أنها غير مشروعة أو على الأقل غير مستحبة باعتبار أن المحكمة كيان مستقل

عن السياسة ، ورغم ذلك فإننا نرى أن ذلك لازم للوصول إلى الإجماع فى الأحكام و إلى تحقيق السياسة المرغوبة لقضاة المحكمة ، وعليه وكما رأينا فإن هناك عناصر مختلفة تؤثر فى صنع الحكم ولعل أهمها على الإطلاق هو القيم الشخصية للقضاة لأن القانون عادة مايكون غير واضح وغير حاسم والعوائق البيئية - وكما أسلفنا - محدودة التأثير.

ولذلك فإن قضاة المحكمة العليا وإلى درجة كبيرة يكونون أحرارا فى اتباع الخطوط السياسية التى يفضلونها ، لهذا فإن عملية اختيار أعضاء المحكمة العليا تعتبر هى أهم مسألة فى تحديد اتجاهات المحكمة مستقبليا .

وعلى ذلك فإن تغير سياسة المحكمة مثلا من الاتجاه المتحرر فى الستينيات إلى الاتجاه المتحفظ فى السبعينات والثمانينات إنما يرجع أساسا إلى التعيينات التى أجراها نيكسون بعد فوزه فى انتخابات سنة ١٩٦٨ بفارق ضئيل ، ولو أن منافسه هيرت همفرى قد بذل مجهودا أكثر للفوز أو كان أكثر حظا وفاز لاستمرت المحكمة فى اتجاهها المتحرر لأنه من الطبيعى أنه كان سيعين قضاة متحررين لانتماء ذلك المنافس للحزب الديمقراطى، ولكن من الطبيعى أن العوامل الأخرى المؤثرة فى صنع الحكم لها دور وربما توضح السبب فى أن محكمة متحفظة مثلا قد تتخذ مواقف وأحكام متحررة فى بعض الأحيان، ورئيس القضاة النشط والمؤثر يمكن أن يُسير زملاءه وراءه ومن ثم فإن الذى يريد تحليل وتفهم مواقف المحكمة عليه أن يتقبل ويحلل العناصر المتعددة التى تؤثر فى عملية إصدار الأحكام.

الفصل الثالث

مبدأ التقييد الذاتي

تقسيم :

يقوم ذلك المبدأ على أساس مجموعة من الضوابط تحكم القضاء الدستوري أثناء مباشرته للرقابة تمنعه من الإفراط في الرقابة وتحدده عن التفريط فيها في ذات الوقت. ولقد نشأ ذلك المبدأ نشأة أمريكية خالصة ، وتأثرت به إلى حد بعيد محكمتنا الدستورية بعد ذلك.

ولهذا سوف ندرس هذا المبدأ حسبما نشأ في أمريكا في مبحث أول ثم ندرس في المبحث الثاني مالا يتعارض مع مبدأ التقييد الذاتي ، وفي المبحث الثالث سوف ندرس المبدأ حسبما فهمته وطبقته محكمتنا الدستورية.

المبحث الأول

عناصر مبدأ التقيد الذاتي في أمريكا

المطلب الأول

ضرورة توافر متطلبات الادعاء حتى تتدخل المحكمة

لا يجوز تقرير عدم دستورية أعمال كونجرسية أو رئاسية لمجرد مخالفتها للدستور دون توافر عناصر القضية الدستورية ، فالمحكمة لا يجوز لها أن تعطى آراء استشارية أو تنظر في قضية جدلية لا تركز على وقائع ملموسة وهي ما تسمى "moot case" ، فقد تبدو المسألة نزاعا في الظاهر بخلق من الخصوم إلا أنها في حقيقتها لا تعد كذلك ، وهكذا لا يجوز أن تصدر الأحكام القضائية لحساب شخص لا يتوافر فيه صفة الخصم لفرض آرائه السياسية على الحكومة.

وإمساك المحكمة عن أن تقضى في قضية لا تتوافر فيها مقومات النزاع يمكنها من مراعاة مبدأ المسئولية الانتخابية للفرعين التشريعي والرئاسي ، فإن توافرت تلك المقومات فهنا تتدخل المحكمة وتعمل حكم الدستور.

ولما كانت المحكمة تمثل في الحقيقة عقل الأمة المفكر والضارب على نبض الواقع والذي يأتي لاحقا لما يضعه الكونجرس من قوانين لا يعلم مدى فعاليتها وتأثيرها ، فمن ثم فإن العمل القضائي يمتاز بأنه يأتي في مرحلة لاحقة للتطبيق العملي الأمر الذي يستلزم أن يتصل ذلك العمل بالقضايا الواقعية فقط⁽⁵⁷⁾ . ومنذ عهد أول رئيس للولايات المتحدة وقد أكدت المحكمة العليا أنها ممنوع عليها دستوريا أن تعطى آراء استشارية "advisory opinions" والتي هي عبارة عن آراء حول دستورية أعمال تشريعية أو رئاسية لم تعرض على المحكمة إثر نظرها لنزاع ما ، وكان ذلك بمناسبة أن الرئيس جورج واشنطن كان قد استفسر منها عن طريق وزير داخلية توماس جيفرسون عما إذا كان يجب عليه أن يسأل المحكمة بعض الأسئلة القانونية الناجمة عن الحرب بين إنجلترا وفرنسا ، والتي كانت الولايات المتحدة محايدة فيها ، فأجابته المحكمة بكل أدب مقررته بأن الأفرع الثلاثة للحكومة تقوم في إطار من الاحترام المتبادل ورقابة بعضها البعض ، وأن كون المحكمة هي الملاذ الأخير يشكل سببا للبحث في ملائمة القضاء في المسألة المقدمة ، خاصة وأن السلطات المعطاة دستوريا للرئيس لاستدعاء رؤساء الأقسام واستشارتهم قصد بها الأقسام التنفيذية.

واعترفت المحكمة عما يمكن أن يسببه ذلك من إحراج للسلطة التنفيذية، إلا أنها استدركت وأكدت أنها تثق في قدرة تلك السلطة على الوصول لوجه الحق في الأمر⁽⁵⁸⁾.

ويتفرع عن فكرة النزاع ضرورة أن يكون المدعى في منزلة ومكانة معينين تمكنانه من الادعاء بحقه وإلا لا تقبل دعواه وذلك حسبما يبين من القضايا الآتية:

(١) قضية Allen v. Wright⁽⁵⁹⁾

تلخص وقائعها في أن والدي أحد التلاميذ السود رفعوا دعواهما ضد مصلحة الدخل الوطني ، مصلحة الضرائب^١ والمسماة "International Revenue Service" ويطلق عليها اختصار "IRS" ،

ادعيا فيها أن تلك المصلحة لم تقم بالتزاماتها القانونية تجاه المدارس الخاصة التي تحدث تفرقة عنصرية، وطالبا بإصدار أمر المنع "injunction" وهو أمر قضائي يكلف المصلحة بالكف عن عملها غير القانوني أنف الذكر .

وهذا العمل وفقا لوجهة نظر الوالدين يتمثل في أن التعليمات والتنظيمات والإجراءات المتعلقة بالمصلحة تلزمها في حالة الفشل في منع التفرقة أن تحرم تلك المدارس من الإعفاء الضريبي ، ولما كانت المصلحة لم تقم بذلك فإنها تكون مقصرة من ناحية ومشجعة على قيام التفرقة من ناحية أخرى. وقضت المحكمة الأدنى لصالح الوالدين.

ولما وصل الأمر للمحكمة العليا نقضت الحكم تأسيسا على أن المستفاد من نص المادة (60) الثالثة أن السلطة القضائية الفيدرالية تمتد للقضايا والنزاعات فقط، ومن ثم يجب أن يكون المدعى في منزلة معينة تتمثل في ادعائه بضرر شخصي نجم عن سلوك غير قانوني للمدعى عليه ويطالب بتعويض عنه.

وهكذا يجب أن يكون الضرر المدعى به مميزا وملموسا "distinct and palpable" وليس خياليا أو ظنيا أو افتراضيا، ويجب أن يكون جبر الضرر ممكنا بحكم قضائي.

وهكذا فإن الشروط التي يجب توافرها في المدعى ليصل إلى منزلة الادعاء المقبول وفق المادة الثالثة من الدستور، مبنية على مبدأ الفصل بين السلطات والذي يمنع المحاكم القضائية من ممارسة سلطاتها القضائية ما لم يكن هناك نزاع يمكن حله عن طريق التدخل القضائي.

ولما كان المدعى يدعى في القضية الماثلة بأمرين:

أ - إنه أصيب بضرر مباشر من السلوك الحكومي المتمثل في إعطاء مساعدة مالية لمدارس التفرقة العنصرية.

ب - إن إعطاء الإعفاءات الضريبية الفيدرالية لتلك المدارس سوف يضعف من إمكانية تلقيه لمعاملة عادلة في المدارس العامة.

فقد ذهبت المحكمة إلى أن المدعى لا تتوافر فيه شروط الادعاء لأن الضرر المدعى حدوثه لا يمكن استمداده مباشرة من السلوك الحكومي المدعى عدم قانونيته ، إذ إن رابطة السببية في الدعوى ضعيفة "attenuated" وغير مباشرة والضرر ناجم عن سلوك شخص ثالث غير ممثل في الدعوى وهو الموظفون بالمدارس العنصرية وآباء التلاميذ فيها، والذين جهودهم جميعا من ناحية أخرى لا يتصور تأثيرها على تلقى التلاميذ بالمدارس العامة لتربية لا عنصرية فيها.

وقد اعترض القاضي بريتن على ذلك الحكم اعتراضا له وجهته ، حيث أكد على وجود علاقة سببية مباشرة بين العمل الحكومي المطعون عليه وعدم القدرة على استقبال تعليم في المدارس العنصرية ، الذي يتأثر بصورة مباشرة وعكسية بالإعفاءات الضريبية المعطاة من جانب مصلحة الدخل الوطني، ولا جدال أن إلغاء هذه الإعفاءات سوف يقلل من قدرة تلك المدارس على إحداث التفرقة.

(٢) قضية Valley Forge Christian College v. Americans United (61)

في هذه القضية أوضحت المحكمة جيدا الحدود التي تفرضها المادة الثالثة من الدستور على سلطة القضاء الفيدرالي ومتى تكون المحاكم الفيدرالية قد التزمت حدود سلطاتها الدستورية ولم تخرج عن

مبدأ الفصل بين السلطات، حيث أكتت على ضرورة وجود ضرر فعلى قابل للإصلاح بواسطة المحاكم "actual injury redressable by the court" وذلك حتى تتحقق متطلبات المادة الثالثة من الدستور ، إذ لايجوز أن تحل الأسئلة القانونية المقدمة للمحكمة فى جو روحانى خال من المنازعات وإنما يجب أن يكون ذلك فى إطار واقعى يؤدى لتقدير ملموس لنتائج العمل القضائى.

والمحاكم الفيدرالية تتنكر دائماً للقضايا التى تريد أن تحول العملية القضائية لمجرد وسيلة للدفاع عن مصالح المتفرجين ، ولا يمكن مباشرة السلطة القضائية التى تؤثر بعمق على مصالح الأشخاص والحريات والممتلكات مالم يصب المدعى بضرر واقعى من الأعمال التى يريد قضاء من المحكمة تجاهها⁽⁶²⁾.

فهذه المحكمة تحجم عن أن تنظر فى دستورية عمل الفرعين الآخرين مالم تكن ملزمة بذلك بأن يطلب الأمر الخصم الذى تستلزم مصالحة ذلك، ويجب أن يطالب المدعى بمصلحته هو لا بمصلحة شخص ثالث، ويجب أن تكون تلك المصلحة أخيراً تقع فى الدائرة المحمية والمنظمة بواسطة القوانين أو النصوص الدستورية.

ونرى أن السماح للمدعى الذى لا تتوافر فيه شروط الادعاء "standing" بأن يطالب المحكمة بالقضاء فى مسائل دستورية مهمة سوف يؤدى لاحتمال تشويه دور القضاء أو طغيان السلطة القضائية وسوف يسوء علاقتها بالفرعين الآخرين.

وهكذا فإن متطلبات الادعاء تمنع الانزلاق إلى حكومة القضاة.

(٣) الحكم فى حالة انتشار الأضرار من جراء القوانين أو القرارات الرئاسية :

يحدث أن ينشر الضرر الحادث من جراء قانون ما أو قرار ، فهل يجوز لواحد أن يطعن على أى منهما بعدم الدستورية ؟

سنتح للمحكمة العليا أن تجيب على هذا السؤال فى قضية "United States v Richardson"⁽⁶³⁾ ، حيث طعن أحد دافعى الضرائب بعدم دستورية قانون وكالة المخابرات المركزية (CIA) فيما قضى به من سرية نفقاتها لتعارضه مع البند السابع من الفقرة التاسعة من المادة الأولى من الدستور، والذى يقضى بأن ينشر من وقت لآخر بانتظام تقرير رسمى بإيرادات ومدفوعات جميع الأموال العامة.

وقد قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى استناداً لأن المدعى لا يتميز بوضع خاص عن غيره من دافعى الضرائب ، وأنه وإن كان من الممكن القول بأنه لا يوجد مدع سوف يتمكن من الطعن على القانون استناداً لذلك ، إذ لن يوجد شخص أو فئة تكون دعوها مقبولة، فإن ذلك نتيجة لا مفر منها ويجب أن يكون الأمر مرده للكونجرس وفق ما يحدده النظام السياسى ، إذ ينشئ الدستور حكومة ممثلة للشعب ومسئولة أمامه ويمكنه محاسبتها عن طريق صندوق الاقتراع ، فإذا لم يرقم الكونجرس أو الرئيس بدوره فيمكن تغييرهما عندما يستطيع المواطنون المعارضون على السياسة المتبناة من أى منهما إقناع غيرهم بما يشكل الأغلبية الكافية للتغيير.

ونهبتم المحكمة إلى أن هناك مخاطر كبيرة بإحداث فساد لفاعلية المحاكم الفيدرالية إذا ماتم توسيع مصادر السلطة المحددة بالمادة الثالثة من الدستور بما يخرج المحاكم عن دورها الدستورى

والتاريخي لتقبل قضاياها أفضرت أمامها بواسطة أشخاص لهم مصالح عامة لا يمكن تمييزها عن مصالح بقية المواطنين أو دافعي الضرائب.

(٤) وقد سمحت المحكمة العليا بالادعاء بضرر مستقبل ، حيث أكدت على توافر متطلبات الادعاء لجماعة⁽⁶⁴⁾ بيئية تقطن على ضفاف بحيرتين تم إنشاء إحدى المحطات النووية بجوارها ، وكان الطعن ينصب على عدم دستورية قانون يضع حدا أقصى للحدث النووي الواحد بمبلغ ٦٥٠ مليون دولار .

المطلب الثاني

قرينة الدستورية لصالح التشريع

بالنظر لما للرقابة الدستورية من حساسية عالية، وأثر عميق فإنه ينبغي أن تكون كل قرينة ممكنة لصالح دستورية التشريع المطعون فيه ما لم تنقض هذه القرينة بإقامة دليل قطعي يقضى حول كل شك معقول حول دستورتها⁽⁶⁵⁾، وبالإضافة لما تعنيه هذه القرينة من أن الأصل هو سلامة التشريع الصادر عن الكونجرس ، وأن على المدعى إثبات العكس ، فإنها تعني فوق ذلك أمرين : أولهما أن المحكمة لا تقضى بعدم الدستورية إلا إذا كان ذلك واضحا وقطعيا ، ولا يثير أى شك⁽⁶⁶⁾ .

وثانيهما أن المحكمة تتخير للتشريع المطعون عليه بعدم الدستورية التفسير الذى يجعله موافقا للدستور إذا كان يمكن منحه أكثر من تفسير ، أما إذا كان الظاهر من صياغة أحكامه أنها لا تحتمل أى لبس فى فهم معناها فيجب تفسيرها حينئذ وفقا للمقصود الحقيقى منها .

هذا وتختلف قوة القرينة باختلاف التشريعات فهى أقوى بالنسبة للتشريعات الاتحادية عنها بالنسبة لتشريعات الولايات.

وأساس ذلك أن القضاء الاتحادى حين يبحث فى دستورية التشريعات من النوع الأول فهو حينئذ يراقب أعمال سلطة مساوية له من سلطات الدولة ويفترض فيها احترام الدستور وحدوده، أما حين تمارس حكومات الولايات اختصاصا تنازعها فيه الحكومة المركزية فحينئذ لا يكون ثمة ما يدعو لترجيح ادعاء الولاية فيما تذهب إليه وتكون المحكمة حرة فى اختيار التفسير الذى ترجحه للقانون والدستور ، إلا أن القرينة المذكورة سرعان ما تعود إذا ما تعلق التشريع بموضوع لا خلاف على اختصاص حكومات الولايات بالتشريع فى شأنه.

هذا ويقوى من القرينة أحد الأمرين الآتيين :

(١) أن يكون التشريع مقتبسا من تشريع مماثل صادر فى ولاية أخرى، وتكون المحكمة العليا فى هذه الولاية الأخيرة قد قضت بدستوريته⁽⁶⁷⁾.

(٢) قدم العهد بالتشريع واستقرار المراكز والحقوق استنادا إليه، وهذا القدم وإن لم يمنع القضاء بعدم دستوريته إلا أنه يدفع إلى التردد فى القضاء بذلك.

ويلاحظ أخيرا أن قرينة الدستورية تتضال وتتحول لقرينة عكسية إذا كان التشريع يسعى لتنظيم مجال يمنع الدستور من التدخل فيه أصلا ، وأهم مجال فى ذلك هو التشريعات المقيدة لحرية الرأى والتعبير. ولعل أوضح تعبير عن هذه الفكرة كانت قضية توماس ضد كولين ، وقد دار البحث فى تلك

القضية حول دستورية تشريع صادر في ولاية تكساس يمنع عقد اجتماعات أو الدعوة للانضمام إلى منظمة عمالية مالم يحصل الداعي على بطاقة أو إذن سابق يشتمل على بيانات معينة رتبها القانون.

ولما عرض الأمر على المحكمة قالت إن هذه القضية تواجه المحكمة من جديد بالواجب الذي يلقيه على عاتقها الدستور، وهو أن تقرر متى تنتهي الحرية الفردية وتبدأ سلطة الدولة، وهذا التحديد وإن يكن صعبا ودقيقا بطبيعته فهو هنا أدق وأصعب، حيث يوازن قرينة الدستورية المعتادة ما يمنحه التعديل الأول للحريات الأساسية المذكورة فيه من مركز دستوري ممتاز.

وبغض النظر عن مدى التأثير الذي تلقاه هذه الفكرة داخل قضاة المحكمة العليا فلا شك أن المحكمة تنظر بعين الشك والريبة ناحية كل محاولة من الحكومة المركزية أو حكومات الولايات لتقييد الحريات الفردية أو تنظيمها على نحو يتضمن انتقاصا منها، وبذلك تتضاعل قيمة قرينة الدستورية بل تتعدم في بعض الأحيان، ويصل الأمر في أحيان أخرى إلى أنها تتحول لقرينة عكسية كما تقول بعض أحكام المحكمة.

المطلب الثالث

استبعاد الأعمال السياسية

استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور استبعدت المحكمة العليا الأعمال السياسية من نطاق رقابتها الدستورية.

وقد اعتبرها د. كمال⁽⁶⁸⁾ أبو المجد صورة أمريكية من صور أعمال السيادة المعروفة في النظامين الفرنسي والمصري.

وتقوم نظرية الأعمال السياسية على أساس استبعاد المسائل غير القابلة للفصل القضائي فيها من نطاق الرقابة.

ويتبنى المحكمة العليا لهذه النظرية فإنها تكون قد مزجت بين الاعتبارات الدستورية والسياسية⁽⁶⁹⁾.

وقد جاءت بداية هذه النظرية في قضية⁽⁷⁰⁾ **Luther v. Borden** والتي تلخص وقائعها في أن المتهمين اقتحموا منزل المدعي وحبسوه عليه فرفع دعواه طالبا التعويض عن ذلك الفعل، فدفع المدعي عليهم الدعوة بأنهم اقترفوا الفعل الأنف بحسبانهم ممثلين لحكومة ولاية رود آيلاند ولتأدية واجبهام لاشتراك المدعي في العصيان المسلح ضد الحكومة الشرعية. ولما وصلت القضية إلى المحكمة العليا كتب الحكم فيها رئيس القضاة ثاني الذي قرر أن أساس الفصل في النزاع يتوقف على تحديد الحكومة الشرعية القائمة وقت اقتراح الفعل محل الموضوع، ولو أنكرت المحكمة الحكومة الشرعية وقتها لترتب على ذلك أن كل الأفعال الحكومية كالقوانين التي سبق إصدارها وتجميع الضرائب ودفع المهاييا سيكون لا شرعية له، وستعد أفعال رجال الضبط فيها غصب للسلطة، بل قد تمثل أحيانا جرائم جنائية، وهو الأمر الخطير الذي يجب أن يوكل للسلطة السياسية تقريره وليس للمحكمة دخل به.

وعن استمسك المدعين بفقرة الضمان "Guaranty Clause" الواردة بالدستور، أكد رئيس المحكمة، أن هذه الفقرة إذا كانت تعطي السلطة لأحد أفرع الحكومة للفصل في المسألة المعروضة، فإنه بالقطع ليس هذا الفرع هو القضاء، وعلى الكونجرس أن يفصل فيمن هي الحكومة الشرعية للولاية إذ ينقص المحكمة هذا (٢٨٠)

المعايير التي بواسطتها تستطيع أن تحدد الشكل الجمهوري للحكومة.

وأخيرا نبه تاني إلى عدم جواز تجاوز السلطة القضائية لاختصاصها بحجة فقرة الضمان وإلا كانت هذه الفقرة ضمانا للفوضى "anarchy" وليست ضمانا للنظام.

مسائل التقسيم

تعتبر مسائل التقسيم من المسائل التي استخدم فيها مبدأ الأعمال السياسية كثيرا، وقد نشأت مشكلة دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية في الولايات المتحدة بسبب عدم العدالة في رسم الدوائر الانتخابية والذي ساد طويلا من جانب المشرع الاتحادي ومشرعي الولايات ، حيث كان النمط الغالب فيها هو تقسيم الدوائر بطريقة تمكن المناطق الريفية التي يتركز فيها البيض من اختيار عدد كبير من النواب لا يتناسب مع عدد السكان، أما مناطق المدن التي يسكن غالبيتها ملونون، فإنه على الرغم من عدد سكانها فقد كانت لا تشترك إلا في اختيار عدد محدود من النواب.

وقد أدى هذا الأمر إلى اختلاف القوة التصويتية "The Voting Power" بصورة صارخة بين البيض والسود.

وفشلت كل المحاولات السياسية لإعادة رسم الدوائر الانتخابية بصورة فعالة، بل إنه لما نجحت إحدى المحاولات عام ١٩٣١ في ايلينوى وأصدرت الولاية تشريعا بإعادة تقسيم الدوائر بصورة عادلة أبطلته المحكمة (71).

وقد درجت المحكمة العليا على اعتبار مسائل إعادة التقسيم من قبيل المسائل السياسية التي لا يجوز توريطها فيها.

وفي سنة ١٩٦٢ عدلت المحكمة عن ذلك لأول مرة في القضية الشهيرة باسم Baker v. Carr⁽⁷²⁾. وتلخص وقائع تلك القضية في أن بعض المصوتين بولاية تينيسى رفعوا دعوى طالبين فيها القضاء بعدم دستورية القانون الصادر سنة ١٩٠١ والذي وزع أعضاء البرلمان في الولاية بين ٩٥ مقاطعة ، بحسبان أن عدد الأصوات الانتخابية التي روعيت في ذلك التاريخ كنساس للتوزيع قد تغير مع مضي السنين نتيجة النمو الكبير في عدد السكان، مع إعادة توزيعهم بنسب مختلفة على المقاطعات، وطالبا بتحريم الانتخاب وفقا لهذا القانون وإجرائه وفقا للأشكال الفيدرالية أو عن طريق انتخابات على نطاق الولاية كلها كدائرة واحدة.

وكتب رأي المحكمة القاضي برين، وذهب إلى اختصاص المحكمة بنظر الدعوى وعدم انطوائها على أسئلة سياسية.

وقد ذكرت المحكمة في حكمها معايير ستة لما يعتبر سؤالا سياسيا هي كالتالي :

- ١- وجود نص دستوري يلزم بنظر الأمر عن طريق قسم سياسي متساو مع المحكمة .
- ٢- نقص المعايير القضائية التي تمكن من حل القضية.
- ٣- استحالة التقرير في القضية إلا وفق سياسة مبدئية يبدو جليا عدم اختصاص المحكمة بها.
- ٤- استحالة انتهاء المحكمة لحكم في النزاع لا ينطوى على نقص الاحترام الكافي للفرعين

الأخرين بالحكومة.

٥- الحاجة غير العادية للمسك بقرار سياسى اتخذ بالفعل وليس محلا للقضية ولا يمكن الفصل فيها بدونها.

٦- أن يكون الأمر قد أدلت فيه العديد من الأقسام السياسية بدلوها مما يشكل حرجا على المحكمة.

وعن المعيار الأول والمتعلق بوجود نص دستورى يلزم بنظر الأمر عن طريق قسم سياسى متساو مع المحكمة ، فلعل أبرز مثال له ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة الأولى من الدستور من أنه "يكون كل مجلس حكما فى انتخابات أعضائه ونتائجها والشروط اللازم توافرها فيهم".

وهذا النوع من المسائل من الواضح بحيث إنه - ربما- لا تحتاج المحكمة بشأنه إلى إثارة فكرة المسائل السياسية إذ يكفيها أن تشير إلى اختصاص غيرها بنظر المسألة ومن ثم عدم اختصاصها هى بذلك.

وعن المعيار الثانى المتعلق بنقص المعايير القضائية التى تمكن من حل القضية فإن مثاله بعض المسائل - وليس كلها - المتعلقة بالسياسة الخارجية، ومثال ذلك ماقررت المحكمة من أن التثبت من صحة توقيع دولة على إحدى⁽⁷³⁾ المعاهدات مسألة سياسية ، وكذا رفض المحكمة الفصل فى المسألة المتعلقة بالحرب الأمريكية الفيتنامية.

وعن المعيار الثالث وهو استحالة التقرير فى القضية إلا وفق سياسة مبدئية يبدو جليا عدم اختصاص المحكمة بها فإن مثاله قضية Luther سالف الذكر، إذ دعت المحكمة لتحديد الحكومة الشرعية فى الولاية بين الجهتين المتنازعتين ، ورفضت المحكمة الفصل فى ذلك لأنه من الأمور السياسية التى يملك الكونجرس والسلطة التنفيذية الكلمة فيها وليس المحكمة، وقد عبر الرئيس عن رأيه فى النزاع باستخدام السلطة المخولة له بمقتضى الدستور حيث أرسل فرقا من الجيش الاتحادى لإخماد الثورة مما يعنى أن الحكومة القائمة فى ظل الدستور هى وحدها - فى تقديره - الحكومة الشرعية، وسوف يتاح للكونجرس أن يقول كلمته فى الخصومة بقبوله النواب والشيوخ من إحدى الحكومتين لتمثيل الولاية فى الكونجرس ، وتلك كلها قرارات تملك السلطة التشريعية والتنفيذية فيها تقديرا لا يسع القضاء أن يراجعها فيه.

وعن المعيار الرابع وهو استحالة انتهاء المحكمة لحكم فى النزاع لاينطوى على نقص الاحترام الكافى للفرعين الآخرين، فإن القضية الأنفة أيضا تصلح للتمثيل له.

وتعد قضية فوستر ضد نيلسون أيضا كذلك إذ أثير البحث فيها حول صحة قرار منحت به الحكومة الأسبانية عام ١٨٠٤ بعض الأراضى الواقعة شرق نهر المسيسيبي إلى عدد من الأفراد ونازعتها الحكومة الأمريكية فى ملكيتها.

ولما عرض الأمر على المحكمة العليا امتنعت عن بحث تلك المشكلة الدولية مقررة أنه مادامت الهيئات السياسية فى الحكومة الأمريكية «أى الكونجرس والرئيس» قد اتخذت موقفا صريحا من هذه المشكلة بتقريرها ملكية الولايات المتحدة لتلك الأراضى ، فليس للمحكمة مطلقا التعقيب على ذلك، إذ إن هذه المشكلة بطبيعتها ذات صفة سياسية تجعل الكلمة النهائية فى شأنها للسلطتين التشريعية والتنفيذية⁽⁷⁴⁾.

وعن المعيار الخامس وهو الحاجة غير العادية للتمسك بقرار سياسى اتخذ بالفعل وليس محلا للقضية ولا يمكن الفصل فيها بدونه، فلعل أقرب مثال له هو قضية لودك ضد⁽⁷⁵⁾ وانكتر سنة ١٩٤٨، والتي قضت فيها المحكمة بأن تحديد حالة الحرب من المسائل السياسية التي يستقل بتقديرها الرئيس دون معقب عليه من المحكمة.

وكانت القضية تتعلق بسلطة الرئيس فى إبعاد الألمان عقب انتهاء الحرب واستسلام الجيوش الألمانية، وكان الرئيس قد اعتبر أن الحرب لم تنته بمجرد وقف إطلاق النار بين الجانبين.

وزهدت المحكمة إلى أنها لا تملك مراجعة الرئيس فى موقفه بحسبان أن ذلك التقدير من المسائل السياسية التي لا يملك القضاة الوسائل القانونية الكافية لوزنها، فضلا عن أنها ليست الجهة المسنولة عنها مسئولية رسمية.

ولعل أقرب مثال للمعيار السادس - وهو أن يكون الأمر قد أدت فيه العديد من الأقسام السياسية بدلوها مما يشكل حرجا على المحكمة - هو حرب فيتنام حيث رفضت المحكمة القضاء بشأنها.

ونرى أن البين مما سلف أنه مهما اجتهد المرء للتمثيل للمعايير التي وضعتها المحكمة العليا فى قضية بيكر والتي لازال معمولاً بها حتى تاريخه، فإن الحقيقة هو أن تلك المعايير والتي تعبر عن المسائل السياسية هى معايير فضفاضة ومتداخلة فى بعضها بحيث يصعب تحديد تخوم كل معيار على حدة، فقد رأينا كيف أن حرب فيتنام تعد مثالا جيدا للمعيار الثانى والسادس معا وغيره كثير، ويبدو أن المحكمة يسدها هذا التداخل وعدم التحديد، بل هى قد قصصته ابتداء حتى تسمح لنفسها بقدر كبير من التحرك والمرونة فى هذا الشأن حسبيما تقتضيه الأحوال، بحيث تستطيع أن تبسط اختصاصها أو تقبضه تبعاً للظروف السياسية المحيطة بها ووقائع القضية.

المطلب الرابع

عدم امتداد الرقابة إلى بواغث التشريع أو ملامته

تضم تلك القاعدة أموراً ثلاثة بين جنباتها:

أولاً : إن المحكمة لاتناقش ضرورة التشريع أو عدم ضرورته.

فمنذ حكم المحكمة فى قضية ماك كولوك ضد ماريلاند قررت أنه⁽⁷⁶⁾ إذا تبين أن تشريعاً معيناً يدخل فى اختصاص الكونجرس إما بالنص الصريح عليه فى الدستور، أو تأسيساً على نظرية الاختصاصات الضمنية السابق شرحها، فإن تقدير الحاجة إلى هذا التشريع ومدى ضرورته يدخل فى اختصاص الهيئة التشريعية وحدها باعتباره عنصراً من عناصر السياسة التشريعية التي يتمتع علي المحاكم التدخل فيها، هذا فضلاً عن انعدام كل صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته.

ثانياً : إن المحكمة يتمتع عليها إصدار حكم تقويى على القانون من ناحية ملامته أو مدى صلاحيته الاجتماعية والسياسية، إذ إن ذلك من أخص مظاهر السلطة التقديرية التي تتمتع بها الهيئة التشريعية.

ثالثاً : امتناع المحكمة عن الخوض فى بواغث التشريع.

وأول حكم قررت فيه المحكمة ذلك كان سنة ١٨١٠ فى قضية فلتشر ضد بك إذ قررت المحكمة بأنه إذا كان التشريع مستوفيا لكافة الشروط والأشكال القانونية ، فإن المحكمة لا تستطيع أن تؤيد أحد الخصوم فى طعنه بعدم دستورية ذلك القانون بحجة أنه صدر عن بواث غير شريفة أثرت على بعض أعضاء الهيئة التشريعية التى سنت القانون.

وحسبما يرى د. أبو المجد فإن البواث غير الشريفة قلما تستولى على الهيئة التشريعية كلها أو على جانب كبير منها بحيث يمكن القول بأن التشريع قد صدر عن باعث غير شريف أو غير مشروع سيطر على الهيئة التى أصدرته.

المبحث الثانى

مالايتعارض مع مبدأ التقييد الذاتى

(١) لا يتعارض النشاط القضائى مع مبدأ التقييد الذاتى رغم وجود خلاف حول هذا النشاط ، وهى الحالة التى يعطى فيها القضاء من عنده معان معينة لنصوص دستورية ليس لها تعريف ذاتى واضح . ومثال ذلك أن الدستور يعطى الكونجرس سلطة تنظيم التجارة بين الولايات وذلك فى الفقرة الثامنة (77) من المادة الأولى ، والفهم الضيق لهذه الفقرة كان يمنع الكونجرس من تنظيم أحوال العمالة بينما التفسير المعاصر لتلك الفقرة جعل له الحق فى تنظيم الحقوق المدنية برمتها .

والحاجة إلى الدور القضائى لتفسير النصوص ذات المعانى الغامضة أمر لا جدال فيه ، فوثيقة الحقوق التى تضمنت التعديلات العشرة الأولى للدستور انطلوت على العديد من التعبيرات التى تحتاج إلى شرح ومواعة وإعادة مواعة بحسب الظروف والأحوال ومن ثم لا بد أن تتدخل المحكمة لتوضيحها ، فتوضح مثلا متى يكون التفتيش والاعتقال غير معقولين "التعديل الرابع(78)، ومتى يجب إعمال حق الاستعانة بمحام " التعديل السادس" (79) ومتى تكون الكفالات مبالغ فيها والعقوبات قاسية وغير معتادة " التعديل الثامن " .

ولا شك أن التعديل الرابع عشر (80) للدستور يمكن المحكمة من مباشرة نشاط واضح ، ففقرة الإجراء المشروع هى المصدر لحق الخصوصية ، وفقرة الحماية المتساوية هى العلاج الفعال للفرقة العنصرية ، وقد كان هذا التعديل الأخير سببا كبيرا للهجوم على المحكمة بحسبانها تقضى من عندياتها بعدم الدستورية وتحاول إلباس الأمر بلباس دستورى.

وقد يكون لهذا الاعتراض وجه بسيط من الصحة إذ عندما ننظر إلى الحماية المتساوية المقررة بنص التعديل الرابع عشر سنة ١٨٦٨ نجد أنه بداية لم تنظر إليه المحكمة كالإزام دستورى، ورأه هولمز (81) من أكثر من سبعين عاما على أنه وسيلة للمجادلة الدستورية ، وكانت النظرة السالفة على ذلك تعتد به على أساس مبدأ الفصل (82) مع المساواة ثم أعيد تعريف التعديل الرابع عشر بما يلزم بمنع (83) التفرقة العنصرية ومن ثم العدول عن مبدأ الفصل تماما بما يسمح بدعاوى إيجابية (84) فى

هذا الشأن ، ثم أصبحت هذه الفقرة حاليا هي الوسيلة الناجعة في القضاء على التفرقة العنصرية.

وماسلف يبرز لنا أن المحكمة العليا في كل قضاء لها تبرز الأمر في ثوب دستوري رغم تنوع الأحكام واختلافها ، وهذا يثبت عكس ماقرره مارشال من أن الحكومة حكومة قانون وليس حكومة رجال ، إذ المدقق في الأمر يستبين له أن الحكومة حكومة قانون ورجال معا ومع تغير القضاة تتغير الأحكام.

وفي أثناء حملة الرئيس بوش للرئاسة وعد بأنه حال نجاحه سيعين قضاة يطبقون الدستور كما هو مكتوب.

والحقيقة أن هذه مقولة حق يراد بها باطل، إذ إن الفقرات ذات النهاية المفتوحة - وحسبما أسلفنا - لا يمكن تطبيقها كما هي بل لابد أن يعطيها القاضي مفاهيم تؤدي لتنوعها بتنوع الأشخاص والزمان.

وإذا كان هناك مبادئ دستورية تستمد معانيها من الدستور فإن هناك مبادئ أخرى كحرية العمل وتكوين الجمعيات وحق الخصوصية يعز فهمها بغير جهد قضائي لا تتعارض طبيعته مع التقييد الذاتي، وتكون الدعوة إلى التقييد في هذه المجالات تمثل نشاطا معاكسا يهمل الحقوق الدستورية.

وأكبر مثال على ماسلف أنه باسم التقييد - الزائف - قضت المحكمة في قضية العبد درسدوتس بأن وفاق ميسوري الذي يحظر على المواطن أن يجوز أو يملك الرقيق في مكان محدد غير دستوري، وأنه لا يوجد شخص أسود سواء كان حرا أم عبدا يعد مواطنا أمريكيا بحسبان أن واضع الدستور نظروا إلى السود بوصفهم أدنى منزلة ولا يمكن منحهم أى حق من حقوق المواطن ، بل ولايستطيع الكونجرس تحريم العبودية إذ لا سلطة له في ذلك⁽⁸⁵⁾.

وقد كان هذا الحكم سببا مباشرا في قيام الحرب الأهلية. وقد أسس مفهومها ثابتا للتعديل الخامس المتعلق بالإجراء المشروع، وحقا ثابتا في ملكية العبيد يعوق أى تدخل من قبل الكونجرس.

وهكذا أظهر هذا الحكم تفضيلا لقيم على أخرى بتفضيل مصلحة مالك العبد في الملكية على مصلحة العبد في الحرية والمساواة.

ويلاحظ أن الهجوم على المحكمة لا يأتي نتيجة نشاطها أو تقيدها وإنما يرتبط بنتائج الرقابة عمليا، فعدم الاتفاق مع النتائج هو أساس الهجوم، وقد حدث أن أدبنت الكثير من المبادئ الدستورية التي تبنتها المحكمة واعتبر الأمر نزوة قضائية ، وكان الأمر في حقيقته تفكيرا ثوريا من المحكمة ليس أكثر. وهكذا نرى ألا يقيم الحكم برد الفعل الشعبي له في الأيام الأولى أو حتى السنوات الأولى.

ومهمة إعطاء الحيوية للنصوص الدستورية تحتاج من المحكمة العليا ليس الفهم للنصوص الدستورية فقط وإنما القدرة على مواعتها مع متطلبات المجتمع المتنوع.

(٢) ابتهاج المحكمة من القيم الخارجية⁽⁸⁶⁾ - لايتعارض مع التقييد الذاتي إذ هو أمر لازم لتحقيق نشاطها في المجالات المختلفة.

ومثال ذلك أن حق الاشتراك في الجمعيات "freedom to associate" هو من صناعة المحكمة أكثر مما يكون صنعه الدستور إذ أكدت المحكمة ارتباطه بحريات التعبير والصحافة والتجمع

السلمى. بل إن القاضي بلاك الذي كان يعارض تقرير حقوق ضمنية أكد على وجوده كحق دستوري. وقد أدى إقرار هذا الحق إلى منع موظفي الجنوب من الحصول على أسماء منظمي الحقوق المدنية ومسانديها ليعطلو أنشطتهم⁽⁸⁷⁾.

ولما كان التعديل الرابع يحمي من أعمال التفتيش والاعتقالات غير المبررة والتعديل الخامس يحمي من الشهادة ضد النفس والتعديل السادس يقرر حق الاستعانة بمحاميين للدفاع عن المتهم، ولأن هذه النصوص ليست منفذة ذاتيا فقد شكلت المحكمة - ابتهاالا من القيم الخارجية - مجموعة من المبادئ للمساهمة في إعطاء تلك التعديلات الحيوية ، فاستنتت المحكمة قاعدة الاستبعاد "exclusionary rule" وقاعدة تحذيرات الميراند "Miranda Warnings" .

والقاعدة الأولى هي عبارة عن استبعاد الدليل غير المشروع من أدلة الإثبات، والقاعدة الثانية هي عبارة عن تنبيه المتهم المقبوض عليه إلى حقه في الصمت قبل سؤاله بوليسيا.

وهكذا طورت المحكمة الوسائل التي تضمن حقوق المتهم مع تجنب التدخل غير المناسب في النشاط البوليسى ، وطبقت المحكمة قاعدة الاستبعاد في مجال الإجراءات الجنائية لمدة ربع قرن على المستوى الفيدرالى فقط قبل أن تمدها إلى مستوى الولايات ، وذلك بعد أن أيقنت أن الوسائل الأخرى للعلاج على مستوى الولايات غير فعالة، ومن أمثلة تلك الوسائل التعويض المدنى إذ ثبت فشلها لارتفاع تكاليف الخصومة ولعدم ثقة الطوائف المهضوم حقه في الشكوى من التصرفات البوليسية. كما تعد وسيلة التذيب والتهذيب البوليسى من الوسائل التي ثبت فشلها أيضا.

وهكذا إدراكا ووعيا من المحكمة بحقيقة القيم والأوضاع الخارجية المتمثلة في إهمال الولايات القيام بالتزامها في حجيم وردع الممارسات البوليسية غير المشروعة ، فقد طبقت قاعدة الاستبعاد عليها⁽⁸⁸⁾.

وبالنسبة لتحذيرات الميراند فقد تطور الأمر تدريجيا هو الآخر، إذ إن الضمانات المنصوص عليها في التعديل الرابع والخامس والسادس لن تكون ذات جدوى إذا قهر المتهم على الاعتراف ومن ثم نظرت المحكمة بداية للظروف المحيطة بالاعتراف، وما إذا كانت تؤهل للنقطة فيما ورد به من عدمه⁽⁸⁹⁾، ولما ثبت لها صعوبة التثبت من الأمر فقد طورت المحكمة من القاعدة وأصبحت لا تكتفى بالاعتراف المتأخر بصورة غير معقولة⁽⁹⁰⁾، إدراكا من المحكمة بأن الاشتراك القضائى سوف يحرم البوليس من فرصة الانفراد بالمتهم وقهره على الاعتراف.

وقد أظهرت المحكمة أن الدستور هو الذي فرض تلك التحذيرات وكذا قاعدة الاستبعاد.

ولما كان الثابت أن هاتين القاعدتين يؤخذ بهما حتى تاريخه ، فإنه حتى ولو تبين التضيق من نطاقهما في القضايا اللاحقة، فإن ثبوتهما وصمودهما أكبر دليل على قدرة المحكمة العليا على تشخيص الاحتياجات الدستورية وربطها بالقيم الخارجية لتشكيل معايير دستورية مناسبة.

ويبدو ابتهاال المحكمة من القيم الخارجية واضحا - حقا - في قضية براون سنة ١٩٥٤ إذا أدركت المحكمة حساسية التغيير الفورى في المجال العنصرى، ومن ثم بدلا من أن تطلب الخضوع الفورى وضعت خطة علاجية تدريجية قصد منها إعطاء الفرصة الكاملة للحكومة الفيدرالية والولايات لوضع الأفكار المحققة للمساواة التامة، وحدثت مراوغات كبيرة لحكم المحكمة من قبل المحاكم

وموظفي الولايات. وأدرك القائمون على المدارس أن تغيير الواقع العنصري يستلزم قدرات غير متوافرة ولا قدرة على التنافس مع العنصرية لذا عمدوا إلى تجاهل الحكم، ونصت بعض قوانين الولايات على شطب المحامي الذي يسعى لتغيير الطرق المقررة.

ورأى البعض أن الحكم أعاد إشعال الظروف المشابهة لتلك التي قسمت الأمة إبان الحرب الأهلية. وحاولت ولاية أركانسو مثلاً سن قانون يحذر الطلاب من الحضور الإجباري بالمدارس مزبوجة العنصر.

وعملت المحاكم الفيدرالية الأدنى على تجنب الإدانة القانونية للمسؤولين الذين يسهلون الإجراءات العنصرية.

وهكذا أدركت المحكمة أن القيم المحيطة المتعلقة بالعنصرية تقضى إلى أن دورها الحق هو أن تعطي إشارة البدء لإنهاء التفرقة وعلى الكونجرس والحكومة تكملة الأمر وهو ما حدث بالفعل، فأصدر الكونجرس قانون الحقوق المدنية سنة ١٩٦٤ والذي خول لوزارة العدل وضع القواعد اللازمة لمنع التفرقة ، كما منع هذا القانون المساعدة الفيدرالية للبرامج التي تساعد على التفرقة.

وصدرت بعد ذلك مجموعة من القوانين التي تضمن المساواة في التعليم والتوظيف والسكن... الخ. وقام الرئيس ايزنهاور بإرسال وحدات عسكرية لإحدى المناطق لإجبارها على المساواة (91).

(٣) ويثير الخلاف حول القانون الطبيعي وحول الاعتداد به في مجال الرقابة الدستورية إذ يؤمن فريق به ولا يجد خجلاً في الإعلان عن مبادئ أساسية مستمدة منه لا وجود لها داخل الوثيقة الدستورية، بحسبان أن حقوق الإنسان سابقة على أي حكومة منظمة.

فبعد فترة قصيرة من التصديق على الدستور بدأت المحكمة في نظر المجالات التي أثارت حول دور القضاء في تقرير الحقوق والحريات دستوراً، واستطاعت المحكمة أن تقر مبادئ غير معروفة بما فيه الكفاية في الوثيقة الدستورية.

وفي سنة ١٧٩٨ في قضية *Calder v. Bull* (92) أكد القاضي إيردل أن الاعتماد على القانون الطبيعي حال فحص دستورية القوانين سوف يجعل الأيديولوجية الشخصية للقضاة هي السائدة، وهو أمر خطير إذا ما قورن بقياس الأعمال التشريعية بالنود الدستورية المنصوص عليها للحكم على شرعيتها.

وقد أعيد صياغة موقف القاضي إيردل عندما اعترض القاضي بلاك على تقرير حق الخصوصية إذا اعتبر إعلان المحكمة لهذا الحق هو نتاج للقانون الطبيعي وقيم وراء الدستور ، ونظراً لرفضه ذلك فقد أيد تدخل الحكومة في مجال الخصوصية البشرية بما تشاء من تشريعات طالما لا توجد نصوص دستورية (93) تحرم ذلك ، وأكد بلاك أن القضاء الطبيعي سوف يجعل القاضي يحدد ماهو دستوري من عدمه على أساس من تقييمه الذاتي لدى حكمة القانون وضروريته. وتوجد وجهة نظر معارضة للقاضي تشاس (Chase) ، إذ أكد سيادته على أن المواطنين أعطوا الحكومة سلطات مقيدة بالدستور والقانون الطبيعي ، فالحماية القضائية للحقوق الطبيعية غير المعبودة و غير المحدودة بالدستور تحقق صيانة إرادة المواطنين.

وإذا كان لنا أن ندلى برأينا في العناصر الثلاثة المذكورة سلفا، فإننا عندما ننظر إلى الجمل الدستورية ذات النهايات المفتوحة وإلى التعديلات الدستورية التي تتصف بذات الصفة نصل إلى استنتاج مؤكد، وهو أن الذين وضعوا الدستور كانوا يعلمون الحاجة إلى التغيير لمواكبة التطور ولتلبية احتياجات الأجيال اللاحقة، لذا عمدوا إلى جعل كثير من المصطلحات فضفاضة واسعة ومتحركة مع الأجيال، ولا يتصور أن تؤدي التعديلات الدستورية بمفردها إلى القضاء على الخلاف والجدال، وإنما الذي يمكن أن يحقق هذه النتيجة - إلى حد بعيد - قضاة المحكمة العليا الأمريكية عندما يفحصون ويشرعون المبادئ الدستورية بنية حسنة لا خبث فيها، إذ يمكنهم ذلك من تحقيق نتائج أفضل من التعديلات الدستورية بكثير.

ومما سلف نستنتج أن النشاط القضائي، والابتغال من القيم الخارجية والقانون الطبيعي غير مكروه في ذاته وإنما المكروه فيه هو المبالغة المؤدية لحكومة القضاة.

وإذا نظرنا للمفهوم الحقيقي للتعديل التاسع للدستور نجد أنه يدعو إلى النشاط ويحذره عندما يؤكد أن ذكر حقوق معينة في الدستور لن يفسر على نحو ينكر أو ينتقص من الحقوق الأخرى التي يحتفظ بها للشعب، وإذا رجعنا لتطبيقات المحكمة العليا لهذا التعديل نستخلص أن المحكمة متقيدة جدا إذ تستطيع أن تستند لهذا التعديل الذي ينطوي على تقويض لها لتنشط في مجالات غير محصورة ولتستند إلى القانون الطبيعي الذي يعتبر التعديل التاسع قد أشار إليه. وهكذا يمكن القول إن المحكمة العليا عندما تأخذ بأي من العناصر الثلاثة المذكورة فإنها لا تخالف بحال مبدأ التقييد الذاتي، وأنها أقل نشاطا - على الإجمال - مما تخيله الآباء حال وضع الدستور وتعديلاته.

المبحث الثالث

مبدأ التقييد الذاتي في مصر

اقتبست محكمتنا الدستورية مبدأ التقييد الذاتي من أمريكا، وفي شرح للمبدأ أكدت المحكمة بأنه "من المقرر أن المحكمة الدستورية العليا لا يجوز أن تتنصل من اختصاص نيط بها وفقا للدستور أو القانون أو كلاهما وعليها كذلك - وبنفس القدر - ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها أو مجاوزتها لتخومها ممتنعان من الناحية الدستورية ولايجوز من ثم أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية كلما كان تصديها لها لازما ولو لابتستها صعوبات لها وزنها أو قارنتها محاذير لها خطرها - بيد أن ذلك لا يعنى الاندفاع بالرقابة الدستورية إلى آفاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها دون قيود تتوازن بها، بل يتعين أن تكون هذه الرقابة - لضمان فاعليتها - محددة طرائقها ومداخلها، جلية أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تضعها الهيئة القضائية التي تتولاها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحد بها من حركتها لضمان أن تكون الرقابة على الدستور منحصرة في حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذنا بانفلاتها من كوابحها بل مقيدا بما يصون موجباتها ولا يخرجها عن حقيقة مراميتها كأداة تكفل في آن واحد سيادة الدستور ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التنفيذية دون عائق، ومن ثم كان اللجوء إليها مقيدا بضرورة أن يكون التدخل بها لازما ومبررا بوصفها ملاذا نهائيا، وليس باعتبارها إجراء احتياطيا، وتتحل هذه الضوابط في واقعها إلى قيود ذاتية تفرضها

على نفسها الهيئة القضائية التي عهد إليها الدستور أو المشرع برقابة الدستورية ، وذلك تقديرا منها لخطورة هذه الرقابة وبقوتها ، ولأن المصالح التي تواجهها فريدة في بابها بالنظر إلى تشابكها وتعقدها، واتصالها المباشر بمركز هؤلاء الذين يمسهم النص التشريعي المطعون فيه ، ولو كانوا من غير أطراف المنازعة الدستورية⁽⁹⁴⁾.

وتتمثل القيود القضائية التي فرضتها المحكمة على نفسها فيما يلي :

(١) ضرورة توافر خصومة أو نزاع لتدخل المحكمة :

أكدت المحكمة الدستورية العليا أنه على ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية ، لا يجوز أن تفصل الهيئة التي تتولاها في دستورية نص تشريعي في غير خصومة تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أوان إرسائها لها - تأثرا بالقيم الخارجية - أو قاعدة دستورية تجاوز باتساعها أو مدها الحدود التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها وليس لها كذلك الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص التشريعي المطعون عليه، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزايده أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالا شخصيا ومباشرا أو كان ممكنا حمل حكمها في النزاع المطروح عليها على أساس آخر، وعليها دوما - وكشروط أولى لممارستها رقابتها على الدستورية- أن تستوثق مما إذا كان ممكنا تويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم الدستورية.

ويظهر مما سلف أن المحكمة تستلزم وجود الخصومة، والضرر الخاص كفكرة منبثقة عنها.

وأعادت المحكمة التأكيد على منزلة الادعاء بأن يكون المدعى في مركز قانوني يسمح له حقا بالاستفادة من دعواه الدستورية في دعواه الموضوعية، عندما قضت بأن إدراج اسم المدعى بين المشمولين بالتكريم أو تصدرة لهم وحصوله بالتالي على الحقوق المالية التي فصلها القرار بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٥ بشأن تكريم كبار قادة القوات المسلحة خلال حرب أكتوبر - وهي محل دعواه الموضوعية - يفترض أن يظل هذا القرار بقانون قائما فيما نص عليه بشأنها، وكان ماقدره وكيل المدعى من أن مصلحة المدعى تتحقق على النحو المتقدم فإنها تتوافر كذلك، إذا ما أبطلت المحكمة الدستورية العليا هذا القرار بقانون في مجمل أحكامه، حتى لا يفيد من النصوص القانونية التي اشتمل عليها، من كانوا دونه رتبة وجهدا ، مربود ، بأن ذلك منه يهدم دعواه الموضوعية من أساسها ولا يقيم بنيانها، ذلك أن الحكم بعدم دستورية هذا القرار بقانون في مجمل أحكامه ، يعني تجريدها من قوه نفاذا وازوال الآثار القانونية التي رتبها لتؤول عدما فلا تولد حقا لأحد، ولا يقوم بها مركز قانوني للمدعى ولا لغيره ، ولتتقد الحقوق المالية - محل دعواه الموضوعية - دعامتها، بل إن اتصال دعواه الموضوعية بالنصوص المطعون عليها، شرط لقبول دعواه الدستورية على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن المصلحة الشخصية المباشرة في تلك الدعوى مناطها ارتباطها بالمصلحة القائمة في النزاع الموضوعي، بأن يكون الحكم في الطاعن الدستورية، مؤثرا في موضوع النزاع المتصل بها والمطروح على محكمة الموضوع⁽⁹⁵⁾.

ويجد المرء تشابها كبيرا فيما يتعلق بفكرة الخصومة في أمريكا ومصر، فإذا كانت المحكمة العليا الأمريكية ترفض إعطاء آراء استشارية أو النظر في نزاع جدلي لا يرتكز على وقائع ملموسة "moot case" وتشتتر وجود نزاع يمكن حله عن طريق التدخل القضائي، وأنه لا يمكن أن يصبر

الحكم لحساب شخص لاتوافر فيه صفة الخصم لفرض آرائه السياسية على الحكومة ، فإن كل ماسلف نجد له صدى فى أحكام محكمتنا الدستورية إذ اشترطت لمباشرة رقابتها على النصوص التشريعية شرطين أوليين، أولهما أن يقيم المدعى - وفى حدوده الصفة التى اختصم بها النص التشريعى المطعون عليه - الدليل على أن ضررا واقعيا اقتصاديا - أو غيره - قد لحق به ، ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا مستقلا بعنصرة ممكنا إدراكه ومواجهته بالتراضية القضائية، ذلك أن إسناد الرقابة الدستورية إلى هذه المحكمة لا يتوخى الفصل فى خصومة تكون المصلحة بشأنها نظرية كذلك التى تنقيا تقرير حكم الدستور مجردا فى موضوع معين لأغراض أكاديمية أو أيديولوجية أو دفاعا عن قيم مثالية يرجى تثبيتها أو كنوع من التعبير فى الفراغ عن وجهة نظر شخصية أو لتوكيد مبدأ سيادة القانون فى مواجهة صور من الإخلال بمضمونه (96) لاصلة للطاعن بها.

(٢) وتعد المحكمة الدستورية بقرينة الدستورية لصالح القوانين، إذ تؤكد المحكمة (97) بأن الرقابة على الدستورية لا تستقيم موطنا لإبطال نصوص تشريعية يمكن تأويلها بمختلف طرق الدلالة المعتمدة على وجه يعصمها من المخالفة الدستورية المدعى بها ، بل يجب ووصفها رقابة متوازنة لايجوز التدخل بها إلا لضرورة ملحة تقتضيهما أن تكون مبررة بدواعيها كى لا يكون اللجوء إليها اندفاعا، أو لإعراض عنها تراخيا.

وتؤكد المحكمة فى حكم آخر (98) أن الأصل فى النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها متراخيا بل يكون إنفاذها - اعتبارا من تاريخ العمل بها - لازما ولايجوز بالتالى أن يكون مجرد الطعن عليها موقفا لأحكامها أو مانعا من فرضها على المخاطبين بها، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام الدليل على مخالفتها للدستور ، فإن هى انتهت إلى برائتها من العيوب الشكلية والموضوعية ، كان ذلك استصحابا لأصل صحتها لتزول الشبهة التى كانت عاقلة بها ، ولأزم ذلك أن النصوص التى لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز وقف تنفيذها ، بل يجب إعمال آثارها كاملة دون انقطاع بوقف سريانها، وإلا عد ذلك عدوانا على الولاية التى أثبتتها الدستور للسلطة التشريعية، وإسباغا لاختصاص منحل على المحكمة الدستورية العليا دون سند من الدستور أو القانون.

(٢) الأعمال السياسية :

تجد فكرة الأعمال السياسية أصلها فى فكرة أعمال السيادة والتى هى فى أصلها قضائية المنشأ، إذ ظهرت أول الأمر فى ساحة القضاء الإدارى الفرنسى، إلا أنها فى مصر ذات أساس تشريعى يرتد إلى بداية التنظيم القضائى الحديث، وتخرج - بحكم ظروفها وطبيعتها - عن ولاية التقاضى إلغاء وتعويضاً وذلك لاتصالها بسيادة الدولة الداخلية أو الخارجية، وهى أعمال تباشرها الحكومة بحسبانها سلطة حكم لا باعتبارها سلطة إدارة.

وكان قانون مجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ يضرب أمثلة لأعمال السيادة فكان ينص فى المادة السادسة من القانون المذكور على أن "لا تقبل الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقات الحكومة بمجلسى البرلمان وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلى والخارجى للدولة وعن العلاقات السياسية والمسائل الخاصة بالأعمال الحربية وعلى العموم بسائر الطلبات المتعلقة

بأعمال السيادة".

وهكذا يبين أن المشرع بعد أن أورد بعض الأمثلة لأعمال السيادة خرج من التخصيص إلى التعميم ، ورأى المشرع بعد ذلك أن تحديد أعمال السيادة وضرب الأمثلة لها ليس من قبيل حسن السياسة التشريعية فعدل عن ذلك النهج منذ العمل بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ الخاص بمجلس الدولة، إذ نص على أنه "لايختص مجلس الدولة بهيئته قضاء إدارى بالنظر فى الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".^{٩٨}

وقد أقر قانونا مجلس الدولة اللاحقان وهما القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ و٤٧ لسنة ١٩٧٢ هذا النهج، وذلك مرجعه إلى أن تحديد أعمال السيادة يرجع إلى القضاء لا إلى المشرع.

وإذا كانت هذه الأعمال تخرج عن اختصاص القضاة العادى والإدارى فقد أخرجها أيضا القضاء الدستورى من اختصاصه ، فإذا مارأت المحكمة الدستورية أن العمل المعروض عليها من أعمال السيادة فإنها تنتهى إلى عدم الاختصاص بنظره.

والبّين من استقراء أحكام المحكمة العليا المصرية أنها بدأت فى الارتكان كلية إلى فكرة أعمال السيادة بحسبانها فكرة تستند إلى نظرية متكاملة البنيان فى فقه القانون الإدارى.

ويرى د. عادل عمر شريف خطأ هذا الاتجاه إذ لايتأتى الارتكان إلى نظرية تعمل فى غير المجال الذى فيه الرقابة القضائية الدستورية، إذ الهدف المبتغى من أعمال السيادة لا محل له لإطلاقا فى نطاق الرقابة على دستورية التشريعات، إذ هدف الأولى منع القضاء من التعرض للإلغاء أو التعويض لأعمال هى إدارية بطبيعتها ، أما هدف النظرية الثانية فهو الرقابة على دستورية التشريعات. وهذه التشريعات إما أن تكون أصلية صادرة من السلطة التشريعية الأصلية، وهى بالقطع ليست أعمالا إدارية وفقا للمعيار الشكلى، أو تكون تشريعات صادرة بقرارات بقوانين وهذه أيضا تعتبر طالما صدرت فى حدود التفويض أو أقرها مجلس الشعب فى حالة لوائح الضرورة صادرة من سلطة تشريعية - وإن كانت استثنائية - ولا تعتبر هذه التشريعات بأى حال من الأحوال من القرارات الإدارية، وإما أن تكون التشريعات ثانوية أى لوائح وهى وإن كانت قرارات إدارية تنظيمية إلا أن القضاء الدستورى لا يراقب مشروعيتها بمعنى مدى اتفاقها أو اختلافها مع القانون ، إذ ذلك من اختصاص القضاء الإدارى ، ولكن القضاء الدستورى يراقب مدى اتفاقها أو اختلافها وأحكام الدستور.

ويرى د. عادل (٩٩) - بحق - أنه كان ينبغى على المحكمة العليا المصرية أن تتخذ نظرية الأعمال السياسية ومن البداية بديلا عن فكرة أعمال السيادة ، على أن يكون زمام تطبيق فكرة الأعمال السياسية بيد المحكمة تستعين بها فى بسط نطاق اختصاصها أو قبضه حسب اللابسات والظروف السياسية التى تحكم الصلة بينها وبين الهيئات الحكومية الأخرى.

وإذا كانت المحكمة العليا قد استقرت على الأخذ بنظرية أعمال السيادة وتابعتها فى ذلك المحكمة الدستورية العليا فى بواكير عهدها ، إلا أن المحكمة الأخيرة استقرت على نظرية الأعمال السياسية كقيد على اختصاصها. وقضت المحكمة (١٠٠) بأن العبرة فى تحديد التكييف القانونى للأعمال السياسية وعلى ماجرى عليه قضاء هذه المحكمة - هى طبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التى قد يخلعها المشرع عليه متى كانت طبيعته تتنافى وهذه الأوصاف، ذلك أن استبعاد الأعمال السياسية

من ولاية القضاء الدستوري إنما يأتي تحقيقا للاعتبارات السياسية التي تقتضى - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالا وثيقا أو بسيادتها في الداخل والخارج - النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والنود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا، مما يقتضى منح الجهة القائمة بهذه الأعمال - سواء كانت من السلطة التشريعية أو التنفيذية - سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقا تحقيقا لصالح الوطن وسلامته، دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما اتخذته في هذا الصدد ، ولأن النظر فيها أو التعقيب عليها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازين تقدير لاتحاج للقضاء فضلا عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل علنا في ساحاته ، فالمحكمة الدستورية العليا وحدها هي التي تحدد - بالنظر إلى طبيعة المسائل التي تنظمها النصوص المضمنة عليها - ما إذا كانت النصوص المعروضة عليها تعتبر من "الأعمال السياسية" فتخرج عن ولايتها بالرقابة على الدستورية أو أنها ليست كذلك فتبسط عليها رقابتها .

وفي تطبيق لفكرة الأعمال السياسية ذهبت⁽¹⁰¹⁾ المحكمة إلى أن القوانين أرقام ١٤ لسنة ١٩٨٣ و ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ بتعديل أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب، ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ بشأن مجلس الشورى تتعلق بحق الترشيح ولا تتناول مسائل سياسية.

وذهبت المحكمة في حكمها الصادر بجلسة⁽¹⁰²⁾ ١٩/٦/١٩٩٣ إلى أنه وإن كانت نظرية "الأعمال السياسية" كقيد على ولاية القضاء الدستوري تجد في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية معظم تطبيقاتها بأكثر مما تقع في المجال الداخلي، نظرا لارتباط ذلك الميدان بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا ، إلا أنه ليس صحيحا إطلاق القول بأن جميع الاتفاقيات الدولية - أيا كان موضوعها - تعتبر من الأعمال السياسية، كما أنه ليس صحيحا أيضا القول بأن الاتفاقيات الدولية التي حددتها الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور واستلزم عرضها على مجلس الشعب وموافقتها عليها، تضحى جميعها - وتلقائيا - من "الأعمال السياسية" التي تخرج عن ولاية القضاء الدستوري ، ذلك أن كلا القوانين السابقين يتناقض الأساس الذي تقوم عليه اعتبارات استبعاد هذه الأعمال من الرقابة القضائية على دستورتها ، وهي اعتبارات ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها وليس إلى طريقة أو إجراءات إبرامها والموافقة والتصديق عليها .

ومؤدى اتفاقية تأسيس المصرف العربي الدولي ونظامه الأساسي إنما تتممخض عن إنشاء بنك يقوم بالأعمال التي تقوم بها البنوك التجارية فلا يسوغ اعتبارها من (الأعمال السياسية) التي تنحصر عنها رقابة القضاء الدستوري، ولا يغير من ذلك ما تضمنه بعض نصوص الاتفاقية من امتيازات معينة للمصرف أو لموظفيه أو لأموال المساهمين أو المودعين فيه ، كما لا يغير من ذلك ماورد بصدر هذه الاتفاقية بشأن البواعث التي دفعت الحكومات العربية الموقعة عليها إلى تأسيس هذا المصرف .

وتطبق المحكمة نظرية الأعمال السياسية في منازعات التنفيذ أيضا المتعلقة بأحكامها الدستورية، حيث قضت المحكمة⁽¹⁰³⁾ بأن قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب إنما يتعلق باستطلاع رأى هيئة الناخبين التي تمثل القاعدة الشعبية في أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ويتصل بتكوين هذه السلطة، وهو يعد بهذه المثابة من أبرز الأمور التي تتعلق بممارسة سلطة الحكم ، ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية التي تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسؤولية السياسية بصدد إجرائها بغير معقب من القضاء .

(٤) المحكمة لا تتدخل في ملازمة التشريع وواجبه والسياسة التي انتهجها:

يعد ذلك قيداً هاماً تفرضه المحكمة على ذاتها إذ الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية مالم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها وتكون تخوماً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها ، وكان الدستور إذ يعهد بتنظيم موضوع معين إلى السلطة التشريعية ، فإن ما تفرقه من القواعد القانونية بصده ، لا يجوز أن ينال من الحق محل الحماية الدستورية سواء بالنقص أو الانتقاص ، ذلك أن إهدار الحقوق التي كفلها الدستور أو تهيمشها ، عدوان على مجالاتها الحيوية التي لا تنفس إلا من خلالها "the breathing space" ، بما مؤده أن تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها التقديرية – وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها بعيداً عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا ، فلا يجوز لها أن تزن بمعاييرها الذاتية السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين ، ولا أن تناقشها ، أو تخوض في ملازمة تطبيقها عملاً ، ولا أن تتحل للنص المطعون فيه أهدافاً غير التي رمى المشرع إلى بلوغها ، ولا أن تقيم خياراتها محل عمل السلطة التشريعية ، بل يكفيها أن تمارس السلطة التشريعية ، اختصاصاتها تلك ، مستلهمة في ذلك أغراضاً يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم التشريعي ، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق الأغراض التي حددتها مرتبطة عقلاً بها⁽¹⁰⁴⁾.

ومن ناحية أخرى ومن جهة النظر العكسية فإنه وإن كان أمراً مرغوباً فيه صدور قانون أو قرار بقانون يعكس بصفة نهائية وبشاملة التصفية التي تقرر السلطة التشريعية أو التنفيذية ضرورتها لإنهاء كافة الآثار المخالفة للدستور التي رتبها النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته خلال فترة نفاذه ، بالنظر إلى ما توّول إليه هذه التصفية من رد الحقوق المختلفة التي عطّلها هذا النص أو قيدها إلى أصحابها دون تمييز ، إلا أن تدخل السلطة التشريعية أو التنفيذية على هذا النحو لا يمتخض طريقاً وحيداً لإعمال آثار الأحكام الصادرة من هذه المحكمة في المسائل الدستورية.

هذا بالإضافة إلى أن إقرار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين هو مما تستقل السلطات التشريعية والتنفيذية بتقريره وفقاً لأحكام الدستور ، ولا يجوز بالتالي حملها على التدخل في زمن معين ، أو على نحو ما . كذلك فإن قعودها عن إقرار تنظيم تشريعي في هذا النطاق لا يعتبر بمثابة عقبة قانونية تحول بذاتها دون إنفاذ الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية وفرضها على المعارضين لها لضمان النزول عليها⁽¹⁰⁵⁾.

وهكذا يبين أن المحكمة لا تتدخل في السياسة التي انتهجها المشرع إيجاباً بسن التشريع أو سلباً ببقائه عنه .

هوامش الباب الرابع

(1) راجع
Fred Barbash, Brennan, Marshal Keep Vigil Against Death Penalty, Washington Post, December 5, 1985, A10. The case was *Eddings v. Oklahoma* (1982).

(2) راجع في ذلك:
Jim Mann, Year-End Salute, *The American Lawyer* (September 1983) p.94 .

(3) راجع
Lowrence Baum. *The Supreme Court*, OpCit. p116- 119

(4) ينص التعديل الرابع للدستور الأمريكي على أنه « لن يعتدى على حق الشعب في أن يكون آمناً في أشخاصه ، ودياره ، وأوراقه ، ومقتنياته ، ضد أعمال التفتيش والاعتقالات غير المعقولة »

(5) ينص عبارته حرفياً
"this is Nero at his worst, the constitution is gone".

راجع في ذلك
Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 4th ed. New York: Oxford Univeristy Press, 1980, p. 234.
(6) تنص المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه « لكل من تلقى إعلاناً بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالاستدات . ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال خمسة عشر يوماً التالية لانتهاء الميعاد المبين بالفقرة السابقة فإذا استعمل الخصم حقه في الرد كان للال التعقيب بمذكرة خلال خمسة عشر يوماً التالية.

(7) راجع د/ رمزي الشاعر . النظرية العامة . المرجع السابق ، ص ٥٩٦ - ٥٩٩ .
(8) راجع د/ صلاح الدين فوزي ، الدعوى الدستورية، المرجع السابق ، ص ٢٩١ - ٢٩٢
(9) أوضحنا رأينا بتفصيل أكثر في التوصيات الختامية للرسالة
(10) نذكر على سبيل المثال تأكيداً للمعنى . الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٢٢ لسنة ١٧ ق دستوريه جلسة ١٩٩٦/٨/٢ حيث أشارت المحكمة فيه إلى تناولها ذات المسألة الدستورية بحكمها الصادر بجلسته ١٥ يونيو ١٩٩٦ في الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٧ ق دستوريه يوم تم قضيت باعتبار الخصومة منتبهة .

(11) راجع
Supreme Court and The Attitudinal Model , Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, Cambridge University Press, 1993, p.34.

(12) لما كانت نصوص الاتحاد التعمادي قد فشلت في حل المنازعات بين الولايات لما دخلت طور = التنفيذ ابتداء من سنة ١٧٧٩ ، فقد شجرت ولاية فرجينيا بضرورة تنظيم شؤون الملاحة في نهر بوتماك وتصفية المنازعات التي قامت في هذا الشأن بينها وبين ولاية ماريلاند فقيمت كل من الولاياتين مندوبين لها اجتمعوا في منزل جورج واشنطن في مارس ١٧٨٥ ، وأسفر اجتماعهم عن عقد اتفاقية تجارية لا تزال كثير من نصوصها نافذة حتى اليوم ، على أن أهم ما أسفر عن المؤتمر هو أن أعضائه وجهوا إلى حكوماتهم تقريراً يقترح عقد مؤتمر مماثل يحضره مندوبون عن جميع الولايات لوضع أسس ثابتة للعلاقات التجارية المتبادلة .

ولقيت هذه الدعوة ترحيباً عاماً من الولايات فبادرت تسع منها إلى تعيين مندوبيها إلا أنه لم يصل لمقر الاجتماع بمدينة أنا بوليس إلا ممثلي خمس ولايات فقط، وبعد تبادل وجهات النظر قدم المندوبون اقتراحاً إلى حكوماتهم مؤداه ضرورة دعوة ممثلين من جميع الولايات ليبحث أوجه النقص في نظام الحكومة القائم ولوضع برنامج لسد هذا النقص ، ووافق الكونجرس المنشأ وفقاً لأحكام الاتحاد التعمادي على ذلك لتعديل نصوص الاتحاد وعرض مشروعات التعديل على الكونجرس وعلى الولايات .

و افتتح المؤتمر في ١٤ / ٥ / ١٧٨٧ ولتنتهى في ١٧ / ٩ / ١٧٨٧ لوضع نصوص الدستور ووقع على الوثيقة ٢٩ مندوباً ممثلين لاثنتي عشرة ولاية ، ويتوقيعهم انتقل مركز النشاط حول تلك الوثيقة التاريخية من فيلادلفيا إلى الولايات المختلفة ، ونص مشروع الدستور في مادته الأخيرة على أن نصوصه تدخل حيز التنفيذ إذا وافقت عليه تسع ولايات ، واشترطت تلك المادة أن تتم هذه الموافقة لا عن طريق التصويت في المجالس التشريعية وإنما عن جمعية تأسيسية يختارها الناخبون لهذا الغرض . وبعد انقضاء هذا المؤتمر بأمر أرسل الكونجرس نصوص الدستور المقترح إلى الولايات المختلفة فشرعت هذه الولايات في اتخاذ الإجراءات لتكوين الجمعيات التي أشار إليها الدستور . وقد تم الاختيار في معظم الولايات وفقاً للقواعد المتبعة في اختيار أعضاء المجالس التشريعية العادية ، ولم يكن حق الاقتراع العام مقرواً في أعضاء تلك المجالس ومن ثم لم يكن الكثير من الجماعات ممثلاً مثل صغار الملاك والزرايع ومعظم الأجراء والعمال ، لعدم تمتعهم بحق الانتخاب بل إن الكثيرين عرضوا عن استعمال حق الانتخاب ، فإذا أضيف لكل ما سلف أن الموافقة تمت بأغلبية ضئيلة جداً في أربع ولايات تبين أن الدستور الأمريكي لم يكن ثمرة موافقة شعبية واضحة .

راجع في التفاصيل رسالة د/ كمال أبوالمجد ، المرجع السابق ، ص ٥٠ - ٥٤ .
(13) يقول جيمس ماريسون

We must Look for it, not in the general convention which proposed, but in the State Convention, which accepted and ratified the Constitution.

راجع العبارة، وراجع التفاصيل في مقالة

David L. Abney, *Constitutional Interpretation*, 67 Temple L. R., P938. S

(14) ينص التعديل الثالث على أنه "لا يجوز في وقت السلم إيواء أي جندي في دار ، دون موافقة صاحبها ، كما أنه لن يجوز هذا في وقت الحرب إلا بالكيفية التي يحددها القانون".

(15) راجع

Donald E. Lively, *Judicial Review*, Mcfarland & Company, Inc., Publishers, 1990, p55. s.

(16) من انصار الحرفية القاضى ستورى الذى أكد على أن الدستور على في طبيعته ومصمم للاستعمال العام ومناسب للفهم العام، ونص عبارته حرفيا في وصف الدستور كالتالى:

"... practical in nature ... designed for common use and fitted for common understanding."

Donald E. Lively, *Judicial Review*, Op.cit. p53.

(17) راجع :

Robert Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 Indiana Law Journal 1

(1971), p. 3.

(18) راجع في استعراض تفصيلي لأراء القاضيين بلاك وسكاليا

Michael J. Gernardt, *a Tale of Two Textualists, a critical comparison of justices Black and Scalia*, 74

Boston University Law Review, 1994, p. 28. s.

(19) راجع في التفاصيل:

The Supreme Court and the Attitudinal Model, Op.cit. p. 44-51

(20) راجع

Lawrence Baum, *The Supreme Court*, Op.cit, p. 125.

(21) راجع

Frothingham v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

(22) راجع

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968).

(23) راجع

Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534 (1961).

(24) راجع كتاب ، *An Essential Safeguard* ، للرجع السابق ، ص-١

(25) يلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم ترجع صراحة -حتى تاريخه - عن أى سابقة من سوابقها، وهذا اتجاه غير محمود في اعتقادنا .

- ومن المدول الضمنى عدول المحكمة عن مفهوم التصديق الذى سبق أن تبنته فى الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ ق

-دستورية- جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٨٢ إلى المفهوم الذى تبنته فى الدعوى رقم ٢ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٤ / ١ / ١٩٩٧ .

- راجع في تلك التفاصيل ص ١٠٧ وما بعدها من هذه الرسالة .

(26) راجع :

William Brennan , *Speech at Georgetown University, reprinted in The Great Debate* ,Washington

D.C.: The Federalist Society, 1986, p. 14-15.

(27) راجع هذا المثال في

Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Op.cit.p.61.

(28) اشار المستشار الدكتور عوض الرز في بحثه باللغة الإنجليزية المقدم لمؤتمر دور القضاء في حماية حقوق الإنسان، القاهرة

٢ ديسمبر ١٩٩٦ ، إلى مصادر التفسير الدستوري في مصر وهي النص الصريح، والمصدر المشار اليه بالدستور،

والفهم المشتق من النصوص مجتمعة ، والقضاء لقارئ، والابتهاال من الوثائق الخارجية .

(29) راجع

David J. Danelski, *A Supreme Court Justice is Appointed*, New York : Random House, (1964), 189-190;

Woodford Howard, Jr., *Mr. Justice Murphy : A Political Biography*, Princeton University Press,

1968, 324

(30) ونص العبارة حرفيا :

"There is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call it philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals".

راجع :

Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven : Yale University Press, 1921,

p. 12.

ارجع :

John A. Jenkins, *A Candid Talk with Justice Blackmun*, New York Time Magazine, February 20.

1983, p.20.

(32)راجع:

Minersville School District v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940).

(33) راجع::

West Virginia Board of Education v. Barnette 319, U.S. 624 (1943).

وفى التفاصيل:

An Essential Safeguard, D. Grier Stephenson, Jr., p. 74 - 75.

Charles P. Curtis, Law as Large as Life, New York : Simon and Schuster, 1959, p.156 - 157. (34)

(35) قانين دور المحكمة الدستورية العليا فى مصر فى حماية حق الملكية ، ص ١٩٤ وما بعدها من هذه الرسالة .

(36) راجع كتاب An Essential Safeguard ، المرجع السابق ، ص ٩-٨

(37) راجع:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit., p. 124, s.

(38) راجع:

Mary Frances Berry, Stability, Security, and Continuity: Mr. Justice Burton and Decision-Making in the Supreme Court 1945-1958, Westport, Conn. : Greenwood Press, 1978, p.27.

(39) راجع: دراستى Gaziano وتوماس مارشال بمقالة :

Linda R. Crane, Family Values And The Supreme Court, Op. cit., p. 458. s.

(40) راجع فى الإعلام والمجتمع القانونى

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit., p. 128 - 129.

(41) راجع:

Anthony Lewis, Gideon's Trumpet, New York : Random House, 1964, p. 162.

(42) راجع:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit. p. 131. s.

(43) راجع :

Walter F. Murphy, Congress and the Court, Chicago : University of Chicago Press, 1962, p. 246.

(44) راجع:

Lawrence Baum, The Supreme Court, Op. cit, p. 149. s.

(45) راجع:

Harold J. Spaeth and Saul Brenner, Studies in U.S. Supreme Court Behavior, Garland Publishing, Inc. New York & London, 1990, p. 78-80.

وقد اكد واين على اهمية العدالة فى استخدام هذه السلطة وإلا ادى الامر لكثرة، ونص عبارته حرفيا:

I do believe that if assigning opinions wasn't done.. with fairness, it could lead to gross disruption in the Court.

(46) شبه رئيس القضاة رنكوست استقلال قضاة المحكمة المطلق بالخنازير على الثلج ، وعبارته حرفيا تقول

... who are as independent as hogs on ice.

- وما يؤكد ذلك أن هيوز كان يمتد جلسات المحكمة فى الظهيرة ، وحضر الجميع ذات مرة عدا القاضى Mc

Reynold's ولا أرسل له رسولا ليحضره لأن المحكمة جاهزة للانتقاد ، أمر القاضى الرسول بأن يرجع ليخبر هيوز

بأنه لا يعمل عنده.

- راجع فى التفاصيل كتاب An Essential Safeguard ، المرجع السابق، ص ٧ وما بعدها.

(47) راجع فى وصف مارشال ، برنارد شافرتز ، القانون فى أمريكا ، ترجمة المستشار / ياقوت المشاوى ، دار المعارف ،

١٩٨٠ ، ص ٥٦ وما بعدها.

(48) من أجل نظرة أوسع عن مارشال وعهده راجع :

C. Warren, The Supreme Court In United States History (1923), p. 169 - 540.

R. Mc Closkey, The American Supreme Court, 1960. p. 54 - 80.

(49) راجع::

Inside The High Court, Time Magazine, November 5, 1979, p. 63.

(50) راجع

Bob Woodward and Scott Armstrong, The Brethren: Inside the Supreme Court, New York : Simon & Schuster, 1979, p. 310 - 347.

(51) راجع :

Richard Kluger, Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality , New York : Alfred A. Knops, 1976, p. 582 - 699.

(52) راجع فى المقارنة بين فرانكفورت وبيلاك مقالة جيمس سيمون بكتاب

An Essential Safeguard, Op. cit. p. 72. s.

(53) راجع:

Bridges v. California and Times-Mirror Co. v. Superior Court, 314, U.S. 252 (1941).

(54) راجع:

Christopher E. Smith, Politics In Constitutional Law, Nelson - Hall Publishers, 1992, p. 156 - 157.

(55) ونص عبارة برين حرفيا

I have no doubt that, if any group of law students were asked to apply the principles of Lemon to the question of legislative prayer, they would nearly unanimously find the practice to be unconstitutional.

راجع في ذلك المرجع السابق ص ١٥٦.

(56) راجع في الشجار بين القضاة

Stuart Taylor, Jr., Season of Snoring Justices, Akron Beacon Journal, April 5, 1990, p. A 11.

(57) راجع:

Bickel A., The Least Dangerous Branch, Op. cit, p. 115 - 116

(58) ونص عبارة المحكمة حرفيا الموجبة للسلطة التنفيذية كمايلي :

..... We exceedingly regret every event that may cause embarrassment to your administration, but we derive consolation from the reflection that your judgment will discern what is right.

Geoffrey R. Stone and others, Constitutional Law, Little, Brown and Company, Second Edition, 1990, p.86.

(59) راجع:

Allen v. Wright, 468 U.S. 737, (1984).

(60) تنص المادة الثالثة من الدستور في فقرتها الثانية على أنه " ستمتد السلطة القضائية إلى جميع القضايا ، طبقا للمعدل والقانون والتي تنشأ في ظل هذا الدستور

(61) راجع القضية في

454.U. S. 44 (1982).

(62) تقول المحكمة حرفيا :

The federal courts have abjured appeals to their authority which would convert the judicial process into no more than a vehicle for the vindication of the value interests of concerned bystanders.

وتقول المحكمة حرفيا في موضع آخر

The exercise of judicial power, which can so profoundly affect the lives, liberty, and property of those to whom it extends, is therefore restricted to litigants who can show " injury in fact " resulting from the action which they seek to have the court adjudicate.

راجع في التفاصيل:

Geoffrey Stone and others, Constitutional Law, Op. cit. p. 94

(63) راجع: القضية في

418 U.S. 166 (1974).

(64) راجع قضية:

Duke Power Co. v. Carolina Environmental Study Group , 438, U.S. 59 (1978).

(65) راجع: رسالة د/ عادل عمر شريف ، المرجع السابق ، ص ١٣٩

(66) يعتبر القاضي فرانكفورتر من أكثر القضاة تمسكا بقرية الدستورية ونك تائرا بافكار السيد/ جيمس برادلي ثير والذي كان يرى أن المحكمة لا تقضى بعدم الدستورية حال خطأ للمشرع فقط ولكن عندما يكون الخطأ شديدا الوضوح بحيث لا يكون له أي أساس منطقي، والمعناد أن الدستور لا يفرض خيارا محددا على المشرع ، ومن ثم فإن خيار المشرع عادة وأيما كان أساسه يكون دستوريا ، في ذلك راجع :

Harry H. Wellington, Interpretation The Constitution, Yale University Press. New Haven & London, 1990, p. 72 - 73.

(67) راجع: رسالة د/ كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٥٦ - ٤٦٠.

(68) راجع: في المسائل السياسية ، رسالة د/ كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٧٩ وما بعدها.

(69) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف، المرجع السابق، ص ١٥٨.

7 How. 1 (1849)

(70) راجع القضية في

(71) راجع: د/ عادل خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر ، المرجع السابق ، ص ١ وما بعدها.

369 U.S. 186 (1962).

(72) راجع القضية في

Doc. v. Braden, 16 How. 636 (1853).

(73) راجع قضية:

(74) راجع: رسالة د/ كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٨٥ .

(75) راجع ، المرجع السابق ، ص ٤٨٦.

- (76) راجع رسالة د/كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٦٠ - ٤٦٤ .
- (77) تنص الفقرة الثامنة من المادة الأولى من الدستور الأمريكي على أنه « سيكون للكونجرس سلطة..... تنظيم التجارة مع الدول الأجنبية وفيما بين الولايات المختلفة » .
- (78) ينص التعديل الرابع على أنه « لن يعتدى على حق الشعب في أن يكون آمناً في أشخاصه ودياره وأوراقه ومقتنياته ضد أعمال التفتيش والاعتقالات غير المعقولة » .
- (79) ينص التعديل السادس على أنه « في جميع المحاكمات الجنائية يجب أن يتمتع المتهم بحقه في محاكمة سريعة وعلنية .. وأن يستعين بمحامٍ للدفاع عنه » .
- (80) ينص التعديل الرابع عشر على أنه « ... لا يحق لأي ولاية أن تحرم شخصاً من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل ، ولا يحق لها أن تحرم أي شخص داخل نطاق سلطاتها من المساواة في الحماية القانونية .
- (81) راجع: Buck, v. Bell, 274 U.S. 200, 208 (1927)
- (82) راجع: Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).
- (83) راجع قضية برون الشهيرة سائلة الذكر.
- (84) راجع: Regents of the University of California v. Bakke, 438, U.S. 265 (1978).
- (85) راجع قضية دريسكوت بكتاب قضايا دستورية ، ترجمة المستشار ياقوت المشماري ، المرجع السابق ، ص ٤١ وما بعدها:
- (86) راجع: Donald E. Lively, Judicial Review and the Consent of the Governed, Op. cit. p. 76. s.
- (87) راجع: NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449, 460 (1958).
- (88) راجع: Mapp v. Ohio, 367, U.S. 643 (1961).
- (89) راجع: Brown v. Mississippi, 297, U.S. 278 (1936).
- (90) راجع: Mallory, v. United States, 354, U.S. 449 (1957).
- (91) راجع: Donald, E. Lively, Judicial Review and the Consent of the Governed, Op.cit. p. 89. s.
- (92) راجع تلك القضية في : 3 U.S. (3DALL-) 386 (1798).
- (93) راجع اعتراف القاضي بلاك على الحكم الصادر في قضية Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 499, 510 (1965).
- (94) الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ ق ، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ ، الجزء السادس ، ص ٣٢١ .
- (95) الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١٩٩٥/٤/٨ ، الجزء السادس ، ص ٥٩٧ .
- (96) الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٢ ق ، جلسة ١٩٩٤/١/١ ، الجزء السادس ، ص ١١٧ .
- (97) الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ ق ، جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ ، الجزء السادس ، ص ٣٢١ .
- (98) الدعوى رقم ١ لسنة ١٥ ق ، جلسة ١٩٩٤/٥/٧ ، الجزء السادس ، ص ٢٧٩ .
- (99) راجع رسالة د/ عادل عمر شريف ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ ، ١٦٤ .
- وراجع استعراضاً تفصيلياً لأعمال السيادة والأعمال السياسية في قضاء المحكمتين العليا الدستورية والدستورية العليا بذات المرجع السابق ، ص ١٦٤ - ١٦٨ .
- (100) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١٩٩٣ / ٦ / ١٩ .
- (101) راجع الصاوي أرقام ١٠ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٨٨ / ٦ / ٤ ، ٨ لسنة ٧ ق جلسة ١٥ / ٤ / ١٩٨٩ ، الموسوعة مبادئ المحكمة للدستورية العليا ، ١٩٩٥ ، ص ٤٦٥ .
- (102) راجع الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١٩٩٣ / ٦ / ١٩ ، ج ٥ / ٢ ، ص ٣٧٦ .
- (103) الدعوى رقم ٤ لسنة ١٤ ق ، تنفيذ ، ، جلسة ١٠ / ١٠ / ١٩٩٠ ، الجزء الرابع ، ص ٥٢٤ .
- (104) الدعوى رقم ١٦ لسنة ١٥ ق ، دستورية ، جلسة ١٤ / ١ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٤٩٤ .
- (105) الدعوى رقم ٧ لسنة ١٤ ق ، تنفيذ ، ، جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣ ، ج ٥ / ٢ ، ص ٥٣٣ .

الباب الخامس

محاولات الحد من دور المحكمة العليا
في الولايات المتحدة الأمريكية
والمحكمة العليا في مصر

تقسيم :

نظراً لأهمية وخطورة القضاء الدستوري فإنه من الطبيعي أن يوجد من يعارض أحكامه ويحاول أن يقاومها ، ومن الطبيعي أن نجد القضاء الدستوري مهاجماً في بلدانه .

وسوف نركز في هذا الباب على المحاولات الهجومية التي تعرض لها ذلك القضاء في أمريكا ومصر كل في فصل مستقل، وفي فصل ثالث سوف نركز على مستقبل تلك الرقابة .

الفصل الأول

محاولات الحد من دور المحكمة العليا الأمريكية

تمت هذه المحاولات في صور متعددة ، وسوف نستعرض كل صورة منها في مبحث مستقل على النحو التالي :

المبحث الأول : التعديل الدستوري.

المبحث الثاني : سحب السلطة القضائية .

المبحث الثالث : زيادة عدد أعضاء المحكمة .

المبحث الرابع : عدم الإنعان لحكم المحكمة .

المبحث الأول

التعديل الدستوري

تمهيد:

لا شك أن أكثر وسيلة تعبير عن عدم رضا الشعب عن أحكام المحكمة هي التعديل الدستوري كرد فعل لتلك الأحكام أو على الأقل محاولة إحداث هذا التعديل.

وطبقا للمادة الخامسة من الدستور لا يتم التعديل إلا باقتراح الكونجرس عندما يرى ثلثا الأعضاء في كل من المجلسين ضرورة ذلك أو بناء على طلب المجالس التشريعية لثلثي الولايات عقد مؤتمر لاقتراح التعديلات التي تصبح في أى من الحالتين جزءا من الدستور عندما تتم الموافقة عليها بواسطة المجالس التشريعية لثلاثة أرباع الولايات أو بواسطة المؤتمرات في ثلاثة أرباع الولايات⁽¹⁾.

وهكذا يبين أن فرصة إجراء التعديل الدستوري صعبة المنال ، وذلك مقصود لتحقيق الاستقرار الدستوري من ناحية ، ومن ناحية أخرى لإعطاء الفرصة لكل جيل ليشارك في وضع الدستور ويغير

ذلك سيقبل اهتمام الشعب بالأعمال العامة ، وهو أمر لا يمكن الاستغناء عنه، بل هناك من رأى أن الاضطرابات قد ينتج عنها الخير لأنها تنبه الحكومة وتمنعها من الانزلاق إلى طريق المخاطر⁽²⁾.

وقد جعلت العديد من الولايات إمكانية تعديل الدستور فيها متوقفة على استفتاء شعبي بسيط ، وهكذا يتبين أن المشاركة الشعبية في وضع التعديلات الدستورية سواء على المستوى الفيدرالي أو في الولايات قد أصبحت حقيقة واقعة.

وحتى تاريخه تم إجراء (ستة وعشرين) تعديلا للدستور الفيدرالي جاء أربعة منهم لمواجهة أحكام من المحكمة العليا غير مرضى عنها ، وتلك التعديلات هي ، التعديل الحادي عشر⁽³⁾ وهو الذي يحد من اختصاص القضاء الفيدرالي وقد جاء كرد فعل للحكم في قضية **Chisholm v. Georgia** (4)، والتعديل الرابع⁽⁵⁾ عشر والذي اعتبر الأمريكيين ذوى الأصل الإفريقي منتمين للولايات المتحدة الأمريكية وقد جاء هذا التعديل كرد فعل للحكم في قضية⁽⁶⁾ **Scott v. Sandford** ، والتعديل السادس عشر⁽⁷⁾ والذي وسع من سلطة الكونجرس في فرض الضرائب وقد جاء كرد فعل للحكم في قضية⁽⁸⁾

Pollock v. Farmer's Loan and Trust Co. ، والتعديل السادس⁽⁹⁾ والعشرون والذي حدد سن التصويت وجاء كرد فعل للمحكمة في قضية **Oregon v. Mitchell**⁽¹⁰⁾. وهناك محاولات عديدة للتعديل كرد فعل لحكم المحكمة لم يصبها النجاح ، وكانت هذه المحاولات في مجالات متعددة، كعمالة الطفل ، والإجهاض ، والصلاة بالمدارس ، والميزانية .. الخ. وقد اشتهرت فترة السبعينات والثمانينيات بها .

وسوف نستعرض في المطلبين التاليين قضيتين⁽¹¹⁾ حديثتين أدى الحكم فيهما إلى محاولة أخيرة وليست أخرة لتعديل الدستور لمنع المحكمة من الاستمرار في اتجاهها الذي تبنته إلا أنها باءت بالفشل.

المطلب الأول

قضية⁽¹²⁾ **Texas v. Johnson**

تلخص وقائع تلك القضية في أنه أثناء انعقاد مؤتمر الحزب الجمهوري بمدينة دالاس سنة ١٩٨٤ اشترك المدعو **Johnson** في مظاهرة سياسية تنبذ سياسات الحزب الجمهوري وإدارة الرئيس ريجان ، وسارت المظاهرة عبر شوارع المدينة وهي تنشد الأناشيد المعادية ، وكتب المتظاهرون على الحوائط وحطموا بعض الأشياء ولم يشترك المدعو جونسون في أمر من ذلك ، واقتصر كل ما فعله على أنه أخذ العلم الأمريكي من زميل له ثم سكب عليه الكيروسين وحرقه ، ولم يؤذ أحد من جراء هذا الفعل . وقد أدین جونسون بتهمة انتهاك العلم تطبيقا لأحكام قانون ولاية تكساس الذي يعاقب على هذا الأمر ، وحكم عليه بالسجن سنة وغرامة ٢٠٠٠ دولار ، ولما طعن أمام المحكمة العليا ذهبت المحكمة إلى عدم دستورية القانون الأنف.

وتأسس الحكم على أن التعديل الأول للدستور يمنع الحد من حرية التعبير، وأن ذلك لا يقتصر على الكلمة المكتوبة وفقما استقرت عليه المحكمة منذ زمن، فإذا كان السلوك قد قصد منه توصيل رسالة خاصة فإنه تعبير كالكلمة المكتوبة ، ولما كانت ولاية تكساس قد أقرت أن السلوك قصد منه

التعبير عن موقف وهو رفض إعادة ترشيح الرئيس رونالد ريغان لفترة رئاسة ثانية ، فمن ثم فإنه ينطبق عليه التعديل الأول .

وعن دفع الولاية بأن الإدانة قصد منها منع حرق السلام والمحافظة على العلم كرمز لوحدة المجتمع، ذهبت المحكمة إلى أن أياً من المصلحتين السالفتين غير متوفر ، إذ لم يثبت أن هناك إخلالاً بالسلام قد حدث أو هدد بحوثه من جراء سلوك المتهم ، إذ لا يعد بذاته استفزازاً يدعو المرء للثأر أو يحدث له إهانة شخصية تدعوه للاشتباك والشجار مع المتهم ، كما أن التجريم سوف يؤدي لانتهاك حرية التعبير المحمية بالتعديل الأول ، إذ لا يمكن للحكومة أن تحرم تعبيراً لمجرد عدم اتفاقها معه .

وقد استدركت المحكمة وأكدت أنها تقدر رغبة الحكومة في الحفاظ على العلم كرمز خالص للوطنية ، إلا أن ذلك لا يجب أن ينال من وسائل الاحتجاج السياسي .

وإذ يشكل حرق العلم أكبر صور تحريك المشاعر الوطنية ، فإن أفضل وسيلة لمقاومة هذا الفعل هو استمرار التججيل والتوقيف لهذا العلم .

وخلاصة الأمر أنه لما كان قد استقر في يقين المحكمة أن جونسون أدين لقيامه بسلوك تعبيرى وأن الادعاء بانتهاك السلام لم يثبت من جراء فعله المذكور، فمن ثم لا أساس لإدانة هذا التعبير وهكذا خلصت المحكمة لعدم الدستورية .

وقد أصدر القاضي كيندى رأياً مؤيداً للحكم كتب فيه أنه في بعض الأحيان تضطر المحكمة لإصدار أحكام غير مستحبة ، إلا أن ما يدفعها لذلك حقيقة أن قضاها هو الحق وفقاً للدستور . وقد احتج على هذا الحكم - احتجاجاً له وجاهته - رئيس القضاة رنكوست واشترك معه القاضي ويت والقاضية أوكنر .

ويرى الرأى المحتج أن العلم الأمريكى منذ أكثر من مائتى سنة هو رمز لوحدة الأمة ولا يمثل وجهة نظر أى حزب سياسى ولا فلسفته ، إذ إن العلم ليس فكرة أو وجهة نظر تخضع للخلاف فى سوق وجهات النظر ، إذ هو فى حقيقته أمر مستقل عن المعتقدات والانتماءات الاجتماعية والسياسية وكذا عن التعبير عن الأفكار ، ولا يمكن تصور أن ما ورد بالقانون المقتضى بعدم دستوريته يخالف حق الدستور ، خاصة وقد تماثلت معه قوانين سبع وأربعين ولاية أخرى .

المطلب الثانى

قضية United States v. Eichman⁽¹³⁾

لما صدر الحكم فى القضية الأنفة أثار استياء عظيماً لدى الكونجرس وغيره من الجهات والطوائف الشعبية ، وسارع الكونجرس إلى إصدار قانون فيدرالى يعاقب على انتهاك العلم ، الأمر الذى دفع إلى تعدد حرق العلم بعد صدور هذا القانون لمعرفة مدى إصرار المحكمة على موقفها، وهنا صدر الحكم سريعاً سنة ١٩٩٠ بعكس قانون ولاية تكساس والذى صدر بمصدده الحكم بعد خمس سنوات من وضعه .

وفى تلك القضية أشارت المحكمة ابتداءً إلى أن قانون ولاية تكساس الذى حرم حرق العلم قضى بعدم دستوريته ، وأن الحفاظ على العلم كرمز للوطنية ووحدة المجتمع لايجوز أن يكون بقمع التعبير

الحر وإلا أخل ذلك بالتعديل الأول للدستور.

وأشارت المحكمة أيضا إلى أن الحكومة في الدعوى محل النظر قد اعترفت أيضا كما حدث في القضية السابقة بأن السلوك المقترف هو سلوك تعبيرى أيضا مثله مثل سلفه.

ورفضت المحكمة دعوة الحكومة لتغيير وجهة نظرها في الأمر بحجة وجود إجماع شعبي **National Consensus** لصالح تحريم حرق العلم ، وأكدت على أنه يفرض وجود هذا الإجماع فإنه لا يزيد من ثقل المصلحة في منع التعبير الحر، إذ لا يزال التعارض مع الدستور قائما.

وخلصت المحكمة إلى أنه لما كان القانون الفيدرالى المطعون فيه غير مميز ولا مختلف عن قانون ولاية تكساس ، فمن ثم فإنه ينطوى على ذات العيوب الدستورية التى بالقانون الأخير بل وبصورة أكبر لاتساع مجال تطبيقه عن قانون ولاية تكساس.

وقد احتج على هذا الحكم أربعة قضاة احتجاجاً له وجاھته وقيمته وقد اشترك فى الاحتجاج رئيس القضاة رنكوست والقضاة ستيفنز ، ویت ، وأوكر.

ويقوم هذا الرأى على ركيزة من أن المحكمة انتهت من حيث يجب أن تكون البداية، إذ إن الحكومة بالطبع لا تستطيع أن تحرم التعبير عن الأفكار لمجرد أنها ترى أن الفكرة ذاتها معيبة ولا تتفق معها ، ولا أحد من المشتركين فى الرأى المحتج يخالف ذلك، إلا أن بعض التعبيرات يجب تحريمها حال توافر ما يلى :

١ - إذا كان التحريم تسانده مصلحة لا علاقة لها بقمع الأفكار التى يرغب المتحدث فى التعبير عنها.

٢ - إذا كان التحريم لا يتداخل بئى صورة مع حرية الشخص فى التعبير عن أفكاره بوسائل أخرى من حقه الاختيار بينها.

والحكومة الفيدرالية يجب أن يعترف لها دائما بتوافر المصلحة الشرعية فى حماية القيمة الرمزية للعلم الأمريكى، وهى مصلحة من الصعب قياسها أو وصفها ، وإنما يمكن التقرير بأن لها جانبين :

الأول : أنه فى وقت الأزمات الوطنية يلهم ذلك العلم المواطن العادى ويزيد من دافعه وقدرته على عمل التضحيات اللازمة لتحقيق الأهداف الاجتماعية اللازمة للسيطرة على الأزمة .

الثانى : أنه فى الأوقات جميعها « سواء وقت الأزمة أو خلافه » ، فإن العلم يشكل روح الالتزام الوطنى ببادئ الحرية والمساواة والتسامح التى دافع عنها الأمريكيون طوال تاريخهم ، إذ النضال من أجل الحرية والمساواة لم يتوقف أواره ، والالتزام بالتسامح مع الآخرين ينطوى على ضرورة احترام هؤلاء الذين نختلف معهم .

ولما كان الواضح أن تحريم انتهاك العلم لا ينطوى على تدخل فى حرية المتكلم فى التعبير عن آرائه بوسائل أخرى ، وإذا كان البادئ أن حرق العلم هو من أكبر الوسائل لجذب الانتباه إلى الأفكار والمعتقدات ، إلا أن ذلك لا يعد سببا كافيا لتحسين إحراق العلم، إذ إنه بالتعمق فى الأمر تظهر وسائل أخرى يمكن اللجوء إليها لجذب الانتباه أكثر جاذبية من حرق العلم كالجوء مثلا إلى عرض للألعاب النارية أو غيره من الأمور غير المحرمة .

وخلص هذا الرأي إلى أن القيمة الرمزية للعلم الأمريكي تأثرت بشدة بحكم المحكمة في قضية جونسون سنة ١٩٨٩ ، ولم يعد للعلم الأمريكي هذه القيمة التي كانت له في عيون الأمريكيين.

والحق أن الرأي المحتج - في اعتقادنا - يقوم على حجج تفوق رأي الأغلبية، وإذا كانت المحكمة منقسمة في هذا الحكم بحيث صدر بأغلبية خمسة فقط من القضاة ضد أربعة محتجين إضافة إلى أغلبية الكونجرس وقطاعات عريضة من الشعب فهذا يبرر سبب اقتراح تعديل الدستور.

وقد نص الاقتراح على تحويل الكونجرس والولايات سلطة تحريم الانتهاك المادي للعلم ، ورغم تصويت الأغلبية لصالح التعديل إلا أن أغلبية الثلثين اللازمة لتعديل الدستور لم تتحقق وفشل هذا الاقتراح .

وإذا كان التعديل الدستوري المبتدأ كقاعدة عامة أمر مفيد يؤكد عدم قدسية الوثيقة الدستورية وإمكان تغييرها بما يتلاءم مع الظروف ويجب تأييده كلما كان يعالج عيوباً خطيرة بالوثيقة الدستورية ، وكلما خلا من محاولة فرض نظرية فقيهة خالصة ، فاننا نرى أن التعديل الدستوري كرد فعل لأحكام المحكمة غير المرضي عنها لا يقل عن النوع الأول فائدة إذ ينطوي على ذات مزاياه، إضافة إلى تأكيد أن أحكام المحكمة ليست هي الأخرى مقدسة وإنما يمكن تغييرها ، وتأكيد الحوار ما بين المحكمة والفرعين الآخرين للحكومة والشعب ككل بما يمنع من انعزال المحكمة عما يحيط بها .

المبحث الثاني

سحب السلطة القضائية الاستئنافية

تنص المادة الثالثة من الدستور الأمريكي في فقرتها الأولى على أنه «ستخول السلطة القضائية في الولايات المتحدة لحكمة عليا واحدة ولحاكم أقل حسبما يأمر به الكونجرس وينشئه منها من وقت لآخر».

وتنص الفقرة الثانية من تلك المادة على أنه «ستمتد السلطة القضائية إلى جميع القضايا طبقاً للعدل والقانون وفي جميع القضايا التي تختص بالسفراء والوزراء العموميين والقناصل ، وبلك التي تكون إحدى الولايات طرفاً فيها ، ستكون للمحكمة العليا السلطة القضائية الأصلية ، وفي جميع القضايا التي ذكرت من قبل ستكون للمحكمة السلطة القضائية الاستئنافية، سواء من ناحية القانون أو من ناحية الوقائع مع مراعاة ما قد يضعه الكونجرس من استثناءات أو قواعد ...» . والمتفق عليه أن المادة الثالثة من الدستور لم تتضمن إلزاماً على الكونجرس بإنشاء المحاكم الفيدرالية الأدنى من المحكمة العليا، ومن ثم فإن له السلطة الكاملة - إذا ما قدر أن ينشئها - أن يقيد اختصاصها في حدود معينة مع مراعاة أن ينشئ الكونجرس ولو محكمة فيدرالية واحدة تتولى الاختصاصات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الثالثة والتي لا تختص بها المحكمة العليا بصفة أصلية.

ويستطيع الكونجرس عن طريق سحب السلطة القضائية الاستئنافية من المحكمة العليا الحد من دورها ، وقد ظهر ذلك جلياً وبداية في قضية المدعو مكاردل⁽¹⁴⁾ والذي نشر في صحيفة المسيسيبي مقالات اعتبرت حينئذ خطاً إعادة البناء التي كان الكونجرس قد تبناها بعد الحرب الأهلية ، فقبض عليه بتهمة القذف والإخلال بالسلام والحض على العصيان المسلح والعنف وعدم النظام.

وسعى مكاردل إلى إصدار (أمر إحضار) وهو ما يسمى ⁽¹⁵⁾ "Habeas Corpus" من المحكمة الفيدرالية بالميسيسي بحسبان أن الكونجرس تنقصه السلطة الدستورية لإنشاء حكومة عسكرية في الولايات ، وقد كانت القضية وفق ذلك الفهم تعتبر تحدياً حقيقياً لسلطة الكونجرس في إعادة البناء بعد الحرب الأهلية ، وقد خسر المذكور قضيته أمام محكمة الميسيسي الأمر الذي اضطره لرفع دعواه أمام المحكمة العليا متمسكا بالقانون المنظم لأوامر الإحضار الصادر سنة ١٨٦٧ ، ولما خشى الكونجرس أن تكون هذه القضية هي الوسيلة لإبطال خطة إعادة البناء ، فقد سارع إلى إلغاء القانون المذكور وذلك سنة ١٨٦٨ - رغم اعتراض الرئيس على ذلك بحسبان أن الإلغاء يخالف الدستور .

ولما نظرت المحكمة العليا القضية قضت فيها بأنه لا بد للمحكمة بداية أن تنظر في اختصاصها قبل البحث في الموضوع ، ولما كان قانون مارس سنة ١٨٦٨ قد أزال الاختصاص المعطى للمحكمة العليا بقانون فبراير ١٩٦٧ فمن ثم لا يجوز للمحكمة أن تقول في بحث الموضوع ، وإذا كان صحيحا أن المحكمة العليا لاستمد اختصاصها الاستثنائي من قوانين الكونجرس وإنما من الدستور « وفق نص المادة الثالثة منه » ، إلا أن ذلك يكون بمرأعة ما يضعه الكونجرس من استثناءات أو قواعد .

وهكذا فإن قوانين الكونجرس التي تنظم ممارسة الاختصاص القضائي يجب أن ينظر إليها كقوانين مانحة للاختصاص وليست كقوانين استثنائية على ما سبق منحه من الدستور .

وذهبت المحكمة إلى أنها ليس لها أن تبحث في بواعث المشرع وإنما لها فقط أن تبحث في سلطته الدستورية ، ومن الثابت أن سلطة وضع استثناءات على القضاء الاستثنائي للمحكمة العليا مقررمة بصريح نص المادة الثانية من الدستور ، ويون اختصاص لا يحق للمحكمة العليا أن تنظر في موضوع القضية، إذ الاختصاص القضائي هو الذي يعطى المحكمة السلطة في إعلان حكم القانون على موضوع النزاع .

وفي تطبيق للمبادئ المذكورة على الوقائع، ذهبت المحكمة إلى أنه لما كان حق المحكمة العليا في نظر الاستثناءات على أحكام المحاكم الأدنى المتعلقة بالتظلم من أوامر الاعتقال والحبس قد أعطى بموجب قانون ١٨٦٧ وسحب بقانون ١٨٦٨ ، فليس للمحكمة إلا أن تقضى بعدم الاختصاص Want

of Jurisdiction

ولا شك أن القول بإطلاق سلطة الكونجرس في تقييد الاختصاص القضائي الاستثنائي يعد - في رأينا - أمراً خطيراً إذ يمكن تحصين القوانين الفيدرالية وقوانين الولايات من رقابة الدستورية التي تتولاها المحكمة العليا، إذ قد يقوم الكونجرس بسن قانون ما مثلاً ويمنع المحكمة من النظر في دستوريته ، وقد يجرد الكونجرس المحكمة من الاختصاص القضائي بنظر كافة القضايا التي تثير مسائل فيدرالية، وهكذا يستطيع الكونجرس إذا ما أطلقنا له تلك السلطة على عواهنها أن يجرد المحكمة العليا من دورها الدستوري.

وهناك من يؤيد ⁽¹⁶⁾ هذه السلطة الكونجرسية ويراها وسيلة قياسية لكبح المحكمة ومنعها من الوقوف ضد الإرادة الشعبية المعبر عنها بواسطة السلطة التشريعية ، وعند عدم استعمال هذه السلطة عملياً فإن معناه تعاطف الشعب مع المحكمة وتأييده ضمناً لأوامرها.

وهذه السلطة تجد مصدرها في الدستور ذاته إذ إن حرفية النص لم تشر لقيود على الكونجرس في عمل هذه الاستثناءات .

وتوجد وجهة نظر مغايرة ترى أنه لا يمكن أن تخل سلطة الاستثناءات بالدور الدستوري للمحكمة العليا ، إذ إن صائغي الدستور قصبوا أن تقوم المحكمة بدور رئيسي في ظل مبدأ الفصل بين السلطات بأن تراقب خضوع الرئيس والكونجرس والولايات لحصصهم الدستورية ، فإذا كان للكونجرس أن يزيل الاختصاص القضائي للمحكمة العليا ، فسوف يستطيع بالتالي أن يحسن قوانينه وقوانين الولايات من رقابة الدستورية وهو الأمر غير الجائز، إذ إن مصطلح "exceptions" المنصوص عليه في المادة الثالثة يعني في ذاته أن تلك السلطة محدودة .

والصعوبة في الأمر تظهر في تحديد المجال الذي بتحريم اختصاص المحكمة العليا بنظره نكون قد حططنا دور المحكمة الدستوري، إذ لا توجد فقرة في الدستور سواء فقرة الحماية المتساوية ولا أي فقرة أخرى تتطلب معاملة متساوية للموضوعات المختلفة فيما يتعلق بموضوع الاختصاص القضائي. ويمكن محاولة التماس الأمر في قضية *United States v. Klein*⁽¹⁷⁾ حيث يبدو أن المحكمة عدلت عن اتجاهها في قضية مكاردل سالف الذكر.

وتلخص وقائعها في أن المدعو Klein رفع دعواه بطلب التعويض عن ممتلكاته المقتضية إبان الحرب الأهلية ، وكان لزاما ليحصل على التعويض أن يثبت أنه لم يكن مسانداً للاضطرابات التي حدثت أثناء الحرب تجاه الحكومة الوطنية، وقضى لصالحه بالفعل من المحكمة الأدنى استناداً إلى أن العفو الرئاسي الحاصل عليه يعد دليلاً على أنه لم يكن مشتركاً في الأحداث، وأثناء نظر الاستئناف أمام المحكمة العليا أصدر الكونجرس قانوناً ينص على أن العفو الرئاسي دليل على المشاركة في اضطرابات ضد الحكومة وعلى المحاكم أن تقضي بعدم اختصاصها بنظر القضايا السالفة.

وقد قضت المحكمة العليا بعدم دستورية هذا النص تأسيساً على أن عدم الاختصاص يمثل حينئذ تدخلاً في عمل القسم القضائي بالنسبة للقضايا المنظورة أمامه مما يتعارض مع فصل السلطات، رغم أن النص من وجهة نظر فقرة الاستثناءات لا مخالفة دستورية فيه .⁽¹⁸⁾

وهكذا رغم المعيار الصعب الذي وضعته المحكمة يمكن القول أن النص المطعون فيه في هذه لقضية غير دستوري بصفة مستقلة عن فقرة الاستثناءات لتدخله في العقيدة القضائية ووزن القضاء للأدلة، وهي من الأمور التي يعد المساس بها مساساً بالوظائف المنطقية المتروكة⁽¹⁹⁾ للقضاء .

المبحث الثالث

زيادة عدد أعضاء المحكمة

لقد كان عام ١٩٣٧ ممثلاً لثورة في التفسير الدستوري أثبتت أن الدستور الذي كتب قبل حوالي ١٥ عاماً من ذلك الوقت يمكن تطويره بما لا يفقده صفاته الأساسية وقدرته على الحفاظ على المجتمع صناعي المتحضر ، وقد غيرت تلك الثورة من تفسيرات كل من فقرتي الإجراء المشروع والتجارة بين ولايات، وذلك ناجم عن ضرورة مواعة الاحتياجات الناجمة عن الكساد الكبير الذي حدث قبلها.

والحق أن عقد العشرينات كان يبدو أنه عقد حماية قيم الرأسمالية غير المنظمة عن طريق القيود الدستورية ، فقد شهد تحسناً كبيراً في أحوال المصانع والمناطق العشوائية وحدث إيمان لا يساوده أساس ثابت في جاذبية المال والصناعة .

وتظهر روح العشرينات من القرن العشرين (سنة ١٩٢٠ وما بعدها) جلبة في النظر لشخصية المرشحين لانتخابات الرئاسة ، فمرشح الحزب الجمهوري والذي كان رئيساً وقتها هو كالفين كوليدج Calvin Coolidge والذي أعلن صراحة أن شغل أمريكا الشاغل هو العمل :

"The business of America is business" ، بينما منافسه John W. Davis كان محامياً شهيراً بإحدى المؤسسات المالية الكبيرة .

وعلى صعيد آخر نجد أن هذه الفترة قد شهدت ركوداً كبيراً لحركة الإصلاح التحرري والتقدمي ، ولا شك أن هذا الوضع لم يكن وضعاً طلياً إذ كان يشبه الفقاعة التي يمكن أن تنفجر في أي وقت ، وبالفعل حدث ذلك الانفجار وبالتحديد في نوفمبر ١٩٢٩ واشتدت جسامة ذلك الانفجار سنة ١٩٣٢ حيث انهارت أسعار الأسهم في البورصة وفقدت ٩٠٪ تقريباً من قيمتها ، وفي الفترة من ٣١ ديسمبر ١٩٣٠ إلى ٢١ ديسمبر ١٩٣٢ هبط الإنتاج الكلي هبوطاً شديداً ، وخُفضت الأجور للنصف وكان واحد من كل أربعة عمال قادرين على العمل لا يعمل ، وكان الإفلاس البنكي على أشده ، وكان من المعتاد أن نجد من بين العمال رجل الدين والمهندس ورئيس المدرسة والبنك .

وفقدت الثقة في رجال المال والصناعة بحسبان أنهم تسببوا في حدوث هذا الانهيار ، وفي ظل هذه الظروف العصيبة التي مرت بها الولايات المتحدة وجه الرئيس روزفلت خطابه في مارس ١٩٣٣ مؤكداً واثقاً بأن الشيء الوحيد الذي يجب أن نخاف منه هو الخوف نفسه (20) .

وقد وجد كثيرون أمناً بقدرة روزفلت على إنقاذ الشعب الأمريكي وأكدوا أن الشعب معه ، ولم يكن يتجاوز تلك الأزمة الكبيرة سهلاً إذ كان يحتاج حكومة نشطة تلبي الاحتياجات الأساسية للعمال ، وتوفير الغذاء والكساء والسكنى للمتبطلين ، ومن ثم فإن الأمر في حقيقته كان يحتاج لعمل قومي .

وقد قادت الفلسفة الجديدة إدارة روزفلت كي تمد الناس بالنقود والوظائف كما أدت إلى وضع التشريعات وتأسيس وكالات حكومية تبنى على أساسها السياسات الوطنية لمدة لا تقل عن نصف قرن ، ومما يمثل هذه الفلسفة قانون التعديل الزراعي ، وقانون علاقات العمل الوطنية ، وقانون مقاييس العمل العادلة ، وقانون الضمان الاجتماعي .

وكان العديد من قوانين المعاملة الجديدة مشكوك في دستورتها وفق السوابق المقررة من المحكمة العليا سلفاً ، وكان السؤال المثار هل ستتهجر المحكمة العليا تلك السياسة القديمة أم ستصر عليها ؟ .

وفي البداية أصرت المحكمة على عقيدتها القديمة وإيمانها بسياسة السوق الحرة من خلال العرض والطلب ، وبالحكومة الصغيرة غير المتدخلة في شئون الأفراد وباستقلال الولايات باعتبار أن ذلك من المبادئ الأساسية بالدستور ، وكان الإجراء الأساسي لإيقاف الانخفاض في الأجور الصناعية والأسعار هو إنشاء إدارة الإنعاش الوطني والتي هي عبارة عن وكالة فيدرالية تصدر التشريعات المثبتة للحد الأدنى للأسعار والأجور والمحرمات للممارسات التنافسية الهدامة ، وبناء على طعن من تاجر طيور حية والذي كان يشتري معظم إنتاجه من ولايات أخرى إلا أنه كان يبيع فقط لتجار التجزئة

بنويويورك قضى بعدم دستورية التشريع الأساسى فى هذا الشأن على أساس أن فيه تفويضاً غير جائز للسلطة التشريعية لصالح جهات تنفيذية⁽²¹⁾، وأيضاً بالإضافة إلى أساس آخر أكثر أهمية ألا وهو أن نشاط تجار التجزئة كان يقع خارج سلطات الكونجرس لأنه لا يتعلق بالتجارة بين الولايات.

وفى سنة ١٩٣٢ صدر قانون التعديل الزراعى *the Agricultural Adjustment Act* والذي حاول أن يثبت أسعار المنتجات الزراعية بأن فرض ضريبة على المنتجات الزراعية كتدعيم للمزارعين الذين وافقوا على تخفيض أراضيهم المستزرعة بالحصائل، وفى سنة ١٩٣٦ وفى قضية *United States v. Butler* قضت المحكمة العليا⁽²²⁾ بعدم دستورية القانون ، كما قضت المحكمة أيضاً بتأييد حكم المحكمة العليا لولاية نيويورك والذي قضى بعدم دستورية قانون الولاية بوضع حد أدنى لأجر المرأة بحسبانه تدخلا فى حرية التعاقد⁽²³⁾.

وفى قضية *Act Carter v. Carter Coal Co*⁽²⁴⁾ أكدت المحكمة العليا أن الكونجرس ينقصه السلطة فى أن يشرع فى مسائل الأجور وساعات العمل بالنسبة لعمال الفحم حتى ولو كان العمل فى مجال الفحم يمثل صناعة وطنية ، إذ إن المنتج ناجم عن نشاط محلى خالص، ومن ثم لا يمكن أن تكون المنتجات ممثلة فى شكل من أشكالها تجارة بين الولايات. وقد كان رد فعل الرئيس روزفلت شديداً إذ انتقد المحكمة وأكد أنها لا زالت تعيش فى عصر الحصان والعربة الكارو *in the horse and buggy age*.

ونظراً للطبيعة غير الديمقراطية لتكوين المحكمة العليا ، بمعنى أن قضاتها غير منتخبين من الشعب مباشرة ، فقد لعب الرئيس روزفلت على هذا الوتر الحساس إذ أكد بخطابه بالراديو على أنه يجب البحث عن وسيلة لإنقاذ الدستور من المحكمة والمحكمة من نفسها ، ودعى إلى إيجاد طريقة لاستئناف أحكام المحكمة العليا لصالح الدستور نفسه إذ إنه يريد محكمة تقرر العدل وفق أحكام الدستور نفسه لا وفق هواها ومزاجها الشخصى⁽²⁵⁾.

وقد قاد الرئيس فى ٥ فبراير ١٩٣٧ حملة مباشرة على المحكمة واقترح تعديل قانون المحكمة العليا بأن يعين قاض جديد لكل قاض تجاوز السبعين ولم يستقل، إذ إن عبء المحكمة شديد والقضاة منقلبون بالعمل ولابد من عملية تغيير لدم المحكمة ، ولم يشك أحد فى الهدف من مشروع القانون الأنف إذ إنه بتعيين ستة قضاة جدد ليساعدوا الستة الذين تجاوزوا السبعين بالمحكمة آنذاك والذين كانوا متحفظين فى اتجاههم فإن ذلك سيمكن روزفلت من تعيين قضاة مؤيدين لسياسة المعاملة الجديدة، وقد صرح روزفلت بذلك صراحة إذ أكد بعد ذلك بحوالى شهر أنه يقصد أن يحضر رجلا أصغر يصدرين حكمهم فى المسائل الاجتماعية والاقتصادية بمالديهم من خبرة شخصية واتصال بالواقع الجديد والظروف التى تواجه الناس فى حياتهم وعملهم⁽²⁶⁾.

وقد هزمت خطة تكديس المحكمة رغما عن انتصار الرئيس الساحق فى الانتخابات التى سبقتها بعدة أشهر ورغما عن المساندة الشعبية للقوانين المقضى بعدم دستوريته، إذ تعرضت تلك الخطة لهجوم شديد عليها فأرسل القاضى لويس برانديز وكارلس إيفانز هيويز رئيس المحكمة خطاباً للجنة القضائية بالكونجرس أظهرها فيه أن المحكمة متماسكة وموحدة وأنها ستكون أقل فاعلية إن أصبحت مكونة من خمسة عشر قاضياً- رغم أن من المعروف بالأخص أن برانديز كان من أشد المحتجين على قرارات المحكمة .

ورغم أن كثيراً من الانتقادات كانت على أساس حزبي إلا أن الأساس في هزيمة هذه الخطة ورفض مشروع القانون هو إدراك الشعب الأمريكي عامة أن خطة تكديس المحكمة لتغيير اتجاهها من شأنه أن يحطم استقلالها ويحد من المبادئ الدستورية التي تقوم عليها الولايات المتحدة ، وقد ساعد على إنهاء هذه الخطة تماماً تحويل المحكمة لاتجاهاتها الأتفة القائمة على الحرية الاقتصادية وتقييد سلطات الكونجرس وهو ما أكدّه البعض بأنه قد أنقذ المحكمة بأن ذكروا أن هذا التحول في وقته قد أنقذ التسعة قضاة *A stitch in time saves nine* ، وقد بدا التغيير واضحاً في قضية *West Coast v. Parrish*⁽²⁷⁾ إذ أكدت المحكمة بأغلبية خمسة أصوات ضد أربعة دستورية قانون ولاية واشنطن والذي نظم مجلساً يتولى وضع حد أدنى للأجور بالنسبة للمرأة في المهن المختلفة بحسبان أن ذلك القانون يحقق المصلحة العامة بمراعاته للضعف النسبي لسلطة المساومة لدى المرأة ويمنعه الأجور التي لا تكفي نفقات الحياة ، وهكذا فقد اعتبرت المحكمة أن مثل هذه التشريعات تتفق مع فكرة الإجراء المشروع ، وألفت سوابقها القديمة المناقضة لهذه الفكرة وأيدت التشريعات الصادرة عن الكونجرس أو الولاية والتي تضع حداً أدنى لأجر المرأة أو حداً أقصى لساعات العمل .

وهكذا بتراجع المحكمة وبالتعيينات الجديدة بها والتي أجراها روزفلت تغير فكر المحكمة تماماً وأصبح من الممكن استخلاص المبادئ الآتية من موقف المحكمة الجديد: (28)

١ - إن القاضي يجب أن يكون حذراً حال قراءته للفقرات الساحرة في الدستور مثل فقرة الإجراء المشروع ، وفقرة الحماية المتساوية ، وفي استخلاصه للقانون الطبيعي ، أو الحقوق الأساسية أو التعليمات الموروثة عن العرف الدستوري إذ إن كل ذلك تؤدي المبالغة فيه إلى نوع من التحكم القضائي والمؤيدة لسيادة القيم الشخصية للقضاة .

٢- يجب ألا يفضل القاضي انتماءاته على انتماءات الكونجرس حال اختياره ما بين القيم المتعارضة والمختلف حولها مثل الحرية الاقتصادية .

٣ - يجب ألا يديق القاضي كثيراً في الحقائق التي قد تثير مسائل دستورية ، إذ يجب أن يقبل الحقائق التي تؤدي لسلامة التشريع طالما كان لها أساس منطقي .

وفي سنة ١٩٤٠ تأكدت فلسفة السيادة التشريعية ، والقيود القضائية الذاتية وقد أوضحها تماماً القاضي هيوغو بلاك وهو أول تعيين للرئيس روزفلت بالمحكمة ، وذلك عندما أكد أنه على القاضي أن يعود إلى الأصل الدستوري و ألا يحل معتقداته الاجتماعية والاقتصادية محل معتقدات الكونجرس والذي انتخب ليشرع القوانين .

المبحث الرابع

عدم الإذعان لحكم المحكمة

تهديد :

عندما تقضى المحكمة العليا الأمريكية بعدم دستورية قانون ما فإن تأثير هذا الأمر شديد ومتشعب ، ولأنه نادراً ما تجيب المحكمة العليا على كافة الأسئلة المطروقة بالأمر فإن هناك مجالات تظل غامضة وتحتاج إلى تدخل المحاكم الأدنى استناداً إلى روح الحكم ومقتضاه .

ولأن المحكمة لا تمتلك سلطة تنفيذ أحكامها فإنه من المتصور تدخل موظفين لإجراء التنفيذ ، وهؤلاء من الممكن ألا ينعنوا لحكم المحكمة .

وحتى يمكن تفهم الأمر يمكن التمثيل له بقضية رو سنة ١٩٧٣⁽²⁹⁾ والتي صدر فيها الحكم فى صورة أمر منع للنائب العام بمقاطعة دالاس بالامتناع عن تطبيق قانون منع الإجهاض لمخالفته للدستور .

ولأن الدستور وأحكام المحكمة العليا هما القانون الأعلى للبلاد فقد أثر هذا الحكم على ثمان وأربعين ولاية أخرى كانت تطبق قوانين مشابهة للقانون المفضى بعدم دستورية .

وامتد تأثير الحكم إلى ملايين النساء الذين أصبح لهم الحق فى الحصول على الإجهاض ، وإلى المشتغلين بطب النساء والمستشفيات ، والآباء المحتملين ، بل إلى الأجنة فى بطون أمهاتهم .

ورغم هذا التأثير الشديد الاتساع ، فقد ترك الحكم مجالات كثيرة لم يجب عنها مثل تأثير موافقة شريك المرأة الحامل على الإجهاض ، وتأثير موقف الوالدين ، ووضع التمويل الطبى للإجهاض ، وكل هذه المناطق الغامضة اضطرت المحاكم الأدنى أن تدلى فيها بدلوها لتملأ الفراغ تحت رقابة المحكمة العليا .

ويعد حكم المحكمة فى قضية براون أيضا مثالا واضحا لتأثير الحكم الواسع ولإراوة المحاكم الأدنى . ولما كان يحدث أن الأطراف المختلفة المسؤولة عن تفسير الحكم وتطبيقه وغيرها قد لا يكون إذعانها لتطبيق الأحكام تاما ، لذلك سوف ندرس فى هذا البحث صورا لعدم الإذعان ومبرراته فى المطلب الأول وفى المطلب الثانى سوف نوضح رأينا فى الموضوع .

المطلب الأول

حالات عدم الإذعان ومبرراته

أ - حالات عدم الإذعان⁽³⁰⁾ :

(١) نظراً لأن المحاكم الأدنى تخضع للمحكمة العليا ، فإنها ملزمة بتطبيق أحكامها ، إلا أنه نظراً لوجود قيم شخصية لهؤلاء القضاة ربما تختلف عن قيم قضاة المحكمة العليا إضافة إلى أن نسبة قليلة من الطعون والالتماسات المقدمة للمحكمة العليا هى التى تقبل منها ، فإن احتمال عدم خضوع قضاة المحاكم الأدنى وارد كما أن سوء الفهم وارد أيضا . وقد أثبتت الدراسات أن بعض قضاة المحاكم الأدنى آمنوا بأنه من الأفضل للأمة الأمريكية أن يحاولوا تجنب حكم المحكمة التاريخى فى قضية براون والذي أنهى التفرقة العنصرية .

ونادراً ما تعترض المحاكم الأدنى صراحة على أحكام المحكمة العليا ولكن يحدث منها نوع من المراوغة "evasion" وهى وسط ما بين الخضوع والاعتراض الصريح ، وتقوم المراوغة على التمسك بحرفية الحكم وليس بروحه ، وهو الأمر الذى لجأت اليه بعض المحاكم الأدنى فيما يتعلق بحكم براون حيث ذهبت إلى أن هذا الحكم يتعلق بالتعليم فقط ، ومن ثم سمحت بصور من التمييز فى غير التعليم كالمواصلات العامة وحمامات السباحة .. الخ .

ولا شك أن هذا التفسير اليوم غير مقبول لتعارضه مع فلسفة الحكم فى قضية براون وهو ما أدى إلى إفشال ترشيح القاضى كارسول للمحكمة العليا لشحة الشد يد فى إنهاء التفرقة .

ووجدت دراسات أكدت على وجود أمثلة للمراوغة وعدم الإذعان فيما يتعلق بقضاء الأحداث

وبالنسبة للتفتيش والقبض ووصل الأمر إلى التقرير بوجود فوضى كبيرة.

٢) بالنسبة لحقوق المتهمين الجنائيين فإن البوليس قليلاً ما يراعى القواعد القيمة التي وضعتها المحكمة العليا، فقد أثبتت أحد الدراسات أنه من بين ١١٨ متهمًا جنائيًا روعيت تحذيرات الميراثا بالنسبة لعدد خمسة وعشرين متهمًا فحسب.

٣) عند تنفيذ الأحكام عن طريق غير الحاكم يحدث أحياناً اعتراضات صريحة على الحكم ومثال ذلك ما حدث من المحافظ ماتيبوس محافظ ولاية أركانسو عندما منع تنفيذ حكم المحكمة في قضية براون بمدينة ليتل روك ١٩٥٧ الأمر الذي اضطر الرئيس أيزنهاور إلى إرسال قواته الفيدرالية لإنهاء التمرد .

وكما حدث بصورة أقل خطورة وإن كانت أكثر انتشاراً عندما استمر المدرسون بالمدارس العامة في قيادة التلاميذ في الصلوات بالمدارس ، رغم مخالفة ذلك صراحة لحكمي المحكمة بمنعها ، والذين صدرا سنة ١٩٦٢ و ١٩٦٣ وكما حدث من جامعة كاليفورنيا عندما حددت عدد الأسويين المقبولين بها رغم صراحة مخالفة ذلك لحكم المحكمة الصادر سنة ١٩٨٧ .

ب - مبررات عدم الإذعان .

١ - إن المحكمة لا تمتلك سلطة النقود التي للكونجرس ولا سلطة السيف التي للسلطة التنفيذية ومن ثم فهي تعتمد في تنفيذ أحكامها على مكانتها وسلطتها المعنوية والتي تكون قابلة للكسر بالمقارنة بسلطة الفرعين الآخرين.

٢ - إن الأحكام القضائية على كافة المستويات من الناحية الفنية تلزم أطرافها فحسب ، ومن ثم فإن الأطراف الأخرى التي في مواقف مشابهة لا إلزام قانوني عليها بالخضوع ، ومن ثم فلها أن تجاهد لتتملص من حكم المحكمة العليا ، وقريب من ذلك ما حدث بالنسبة لحكم المحكمة العليا سنة ١٩٧٦ بأن عقوبة الإعدام للقتل مع سبق الإصرار يشكل عقوبة وحشية وقاسية إذ اضطرت المحكمة إلى القضاء في ٦٣ قضية أخرى بأحكام مماثلة وإن كان بصورة مختصرة لصالح أشخاص كان ينتظر توقيع عقوبة الإعدام عليهم.

٣ - وأحياناً يرجع عدم الإذعان إلى نقص الوضوح الكافي بالحكم ، إذ إنه حتى يصدر الحكم لابد أن تتفق أغلبية المحكمة على رأي ، ويحدث أن تكون المحكمة منقسمة انقساماً متكافئاً فتحدث مفاوضات وتنازلات لإصدار رأي الأغلبية والذي قد يصدر نهاية بصورة غير واضحة ، مما يعطي ضوءاً خافتاً للمحاكم الأدنى لفهمه والإذعان إليه .

ومثال ذلك أن المحكمة أصدرت حكمها الصادر سنة ١٩٧٢ بشأن عقوبة الإعدام بعدم دستوريته بوصفها عقوبة وحشية وقاسية مما يخالف التعديلين الثامن والرابع عشر ، وكتب كل من خمسة قضاة المشككين للأغلبية رأياً منفصلاً مما أثار الخلاف .

وأية ذلك أن ٧٠ ٪ من الولايات والكونجرس الفيدرالي أعادوا إصدار قوانين الإعدام آمليين أن تتفق مع الحكم ، واكتشف بعضهم أنهم أخطئوا لما أوضحت المحكمة حقيقة موقفها من العقوبة بأحكامها الخمسة التي صدرت سنة ١٩٧٦ .

ورأى البعض أن الغموض متصور حتى لو صدر الحكم بالإجماع كما حدث في قضية براون (31).

المطلب الثاني

رأينا في الموضوع

نرى أن هناك مغالاة عند التقرير بأن عدم الخضوع لأحكام المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية قد استشرى وأصبح ظاهرة خطيرة أو أن الوضع قد أصبح ينجم بحدوث كارثة .

فالتأثيرات أن اتهام المرأة الحامل والطبيب الذي أجرى الإجهاض توقف تماماً بعد حكم رو ، وأن تحذيرات الميراندا والتي تعد ملزمة حال القبض على المتهم الجنائي زادت قراستها بعد أن فهمها البوليس جيداً . وبالنسبة لقاعدة الاستبعاد **exclusionary rule** والتي مؤداها أن الدليل الذي يتم الحصول عليه بصورة غير مشروعة لا يجوز الاتكال عليه في المحاكم الجنائية ، والتي فرضتها المحكمة العليا على المستوى الفيدرالي سنة ١٩١٤ وعلى مستوى الولايات في قضية **Mapp** سنة ١٩٦١ ، فإنه وإن كان البعض مثل رئيس القضاة بيرجر قد رأى أنها لم تردع البوليس فإن الإحصاءات تثبت غير ذلك، إذ الخضوع للإلزام الدستوري بالتعديل الرابع بالحصول على أوامر التفتيش زاد جداً بعد الإلزام بتلك القاعدة .

وفي علاقة المحكمة بالكونجرس والتي تظهر جليا في قضايا إعادة التقسيم حيث يؤثر الحكم فيها على كيفية تشكيل الكونجرس ، عدلت المحكمة في قضية بيكر سنة ١٩٦٢ عن اعتبار الموضوع من قبيل المسائل السياسية واقتحمته بجرأة تحسد عليها ، ولم تعبئ الأغلبية باعتراضات القاضي فرانكفورتر حول الأمر، وقررت قاعدة أن لكل شخص صوتاً واحداً .

وخلال عام من حكمي المحكمة في قضيتي **Reynolds v. Sims** و **Wesberry v. Sanders** (33) كان عدد ٤٥ ولاية قد عدلت قوانينها الانتخابية لتتفق مع قاعدة أن لكل شخص صوتاً واحداً . كما استطاعت المحكمة أن تفرض إرادتها على الفرع التنفيذي وهو من المفترض تساويه معها إلا أنه قبل السيادة القضائية على أخطائه ومواقفه .

والمثال الأساسي لذلك الأمر هو قضية ووتر جيت سنة ١٩٧٤ (34)، حيث كان الخصم هو الرئيس نيكسون وقد أجبرته المحكمة على تسليم شرائطه الخاصة للمحقق وعددها ٦٤ شريطاً تنطوي على أحاديث بينه وبين أقرب مستشاريه الذين يثق فيهم رغم أنها قد تستخدم كدليل في المحاكمة الجنائية المعلقة والخاصة بسبعة من مستشاريه.

ورغم أن نيكسون كان قد ألحج هو ومساعدوه إلى أنهم لن ينفذوا الحكم لو صدر بتسليم تلك الشرائط إلا أن المحكمة قبلت التحدي ، وفي فترة ضئيلة تبلغ ١٦ يوماً ما بين المجادلة الشفوية وإعلان الحكم أصدرت المحكمة بإجماع قضائاتها حكمها بتسليم تلك الشرائط - ومن ضمن هؤلاء القضاة من تم ترشيحه من قبل نيكسون نفسه، وأوضحت المحكمة صراحة أن مبدأ عدم قابلية الملك للخطأ لا محل له في النظام الدستوري الأمريكي ، وأن ادعاء الرئيس بوجود امتيازات تنفيذية له تخوله سرية محادثاته واتصالاته يهزمه ويتغلب عليه ضرورة مراعاة الإجراء الواجب قانوناً لتحقيق قضاء جنائي عادل والاحتياج الظاهر لدليل في محاكمة جنائية معلقة، وعلى الفور أذعن نيكسون وسلم الشرائط وبعدها بستة أسابيع استقال خشية من اتهامه جنائياً وعزله.

وصفوة القول أن عدم الإذعان لحكم المحكمة - وفق ما نرى - يشبه عدم إذعان قائد السيارات للحد الأقصى للسرعة المقررة قانوناً ، بمعنى أن الأصل هو الإذعان والاستثناء (35) هو عدمه .

الفصل الثاني

مدى إمكانية الحد من دور المحكمة الدستورية العليا

تقسيم :

المحكمة الدستورية العليا في مصر والقضاء الدستوري عامة في احتكاك دائم مع السلطتين الأخرتين إذ ليس سهلا على الفرعين الآخرين تقبل إبطال أعمالهما .

وبالنسبة لمحكمتنا برغم أنها تلتزم حدود الرقابة فلا تسرف ولا تحجم فيها كمسلك عام إلا أنها تعرضت في الفترة الأخيرة ومنذ أوائل ١٩٩٦ لهجوم عليها بدأه وفتح بابه د/ أحمد فتحي سرور رئيس مجلس الشعب ، واستكملة د. مصطفى أبو زيد فهمي ، وتدخل في الأمر أيضا د/ أحمد كمال أبو المجد - وإن كان تدخله حقيقية لصالح المحكمة .

وسوف تكون دراستنا في هذا الفصل على النحو التالي :

المبحث الأول: رأى د. أحمد فتحي سرور رئيس مجلس الشعب والرد عليه .

المطلب الأول : استعراض الرأى .

المطلب الثانى : الرد على رأى د. أحمد فتحي سرور .

المبحث الثانى : رأى د/ مصطفى أبو زيد والرد عليه .

المطلب الأول : استعراض الرأى .

المطلب الثانى : الرد على رأى د/ مصطفى أبو زيد

المبحث الثالث : رأى د/ كمال أبو المجد .

المبحث الرابع : رأينا فى الموضوع .

المبحث الأول

رأى د/ أحمد فتحي سرور - رئيس مجلس الشعب .. والرد عليه

المطلب الأول

استعراض الرأي

يقوم رأى سيادته المهاجم للمحكمة والداعى إلى النظر فى تغيير قانونها على ما يلى :

١ - إن التشريع إذا ما اعتاد الناس على تطبيقه فإن الحكم بعدم دستوريته بعد فترة طويلة يخلق نوعا من الإخلال بالأمن القانونى إذ إن علو معنى القانون قيمة فى ذاتها لا يجوز التضحية بها، ولا يجوز أن تتحول الرقابة على دستورية القوانين إلى وسيلة للهدم وهز الاستقرار .

٢ - إن مشكلة الرقابة الدستورية اللاحقة لا تراها فى بلد مثل فرنسا لأنها تأخذ بالرقابة السابقة حيث يعرض القانون المشكوك فى عدم دستوريته قبل إصداره على المجلس الدستورى لحسم الشك ، وإذا كان القانون فى جوهره سياسة والسلطة التشريعية مكونة من ٤٥٤ عضواً بينهم ٥٠ قانونيا فهذا يكفى .

٣ - إنه توجد فى بعض النظم رقابة تحقق نوعا من الاستقرار كما هو الحال فى يوغوسلافيا وبعض دول أوروبا الشرقية حيث تشير المحكمة على مجلس الشعب بسرعة تعديل القانون الدستورى فإن لم يفعل حكمت هى بإلغائه .

٤ - إنه يرى أخذ رأى المحكمة الدستورية العليا قبل إصدار القانون بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو مجلس الشعب فإن وافقت لا يجوز لها التصديق لدستوريته بعد إصداره ، وفى هذا توسيع لاختصاصات المحكمة الدستورية العليا دون حاجة إلى تعديل الدستور لأن الدستور كفل الحق للمحكمة الدستورية العليا فى الرقابة على دستورية القوانين، فضلا عما يعطيه لها القانون من اختصاصات أخرى أما الذى يحتاج إلى تعديل دستورى فهو الأخذ بالرقابة السابقة كإيداع عن الرقابة اللاحقة وليس بالإضافة إليها .

٥ - يعترض الدكتور أحمد فتحي سرور على نظر المحكمة الدستورية للقوانين السابقة على دستور ١٩٧١ إذ قد يخالف ذلك نص المادة ١٩١ من الدستور، ويشير ضمنيا إلى إمكان حدوث أزمة مثل تلك التى حدثت مع المحكمة العليا الأمريكية إبان عهد الرئيس روزفلت حال الإنسراف فى الأحكام الدستورية⁽³⁶⁾.

المطلب الثانى

الرد على رأى د / أحمد فتحي سرور

بالنسبة للحجة الأولى فإنه ينبغى المقارنة بين مصلحتين إحداهما هى استقرار النص القانونى والأخرى هى علو الدستور وبالطبع فإن الأخيرة هى الأولى بالعناية ، ومن الخطأ التقرير بأن أحكام

المحكمة الدستورية تهدد استقرار النظام إذ الحق أنها تقوم اعوجاج القوانين القائمة وفى هذا حماية للشرعية وتحقيق للاستقرار لا منوطة فيه ، إذا إن تنقية النصوص القانونية من شوائبها إعلاء لحكم الدستور وتعاون مع السلطتين الأخرتين فى ذلك الإعلاء.

هذا إضافة إلى أن فكرة الأمن القانوني ذاتها فكرة هلامية لأن لكل إنسان أن يقدر الأمن فى الجانب الذى يراه أنه يحقق مصلحته، ومن ثم فإن تلك الفكرة ليس لها معيار محدد أو ضابط واضح يمكن الركون إليه .

أما التزام المشرع العادي بما قرره الدستور فأمراً شديداً التحديد ظاهر الوضوح يؤكد ويحضده وتحرسه المحكمة الدستورية العليا بقضائياتها المتبتلين فى محراب العدالة المتعبدين بإقامتها بين الناس بلا تمييز، ابتغاء حماية المجتمع من أن تتحكم فيه الأهواء أو تعصف به الفتن المترتبة على مخالفة موجبات التدرج التشريعي وإعلاء القانون على حساب الدستور .

- وبالنسبة للحجة الثانية الداعية لفكرة الرقابة السابقة فقد سبق لنا تناولها بتفصيل مسهب فى موضع آخر نحيل إليه منعا من التكرار ونذكر القارئ هنا بأن الرقابة السابقة من عيوب النظام الدستوري⁽³⁷⁾ الفرنسي وتهاجم فى بلدها وأنه سيأتى اليوم الذى تنتهى فيه هذه الرقابة ، هذا إضافة إلى أن قسم التشريع بمجلس الدولة يقوم بنوع من الرقابة السابقة وكل ما فى الأمر أن على الحكومة أن تراعى عرض كل مشروعات قوانينها عليه وألا تخل بهذا الالتزام.

- أما الحجة الثالثة التى تستند إلى أنظمة موجودة فى بعض دول أوروبا الشرقية كيوغوسلافيا، فلا نظن أن الحال الذى آلت اليه يوغوسلافيا بصفة خاصة ودول أوروبا الشرقية بصفة عامة يشجع على الاقتباس منه، ولا يمكن بعد أن وصلت محكمتنا الدستورية إلى قيمة عالمية بين المحاكم الدستورية أن نضحى بها.

- أما الحجة الرابعة التى تدعو للجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة فى يد المحكمة الدستورية العليا، فإن تلك الرقابة السابقة ستؤدى فى الواقع العملى إلى تكلل الرقابة اللاحقة وهى تحتاج إلى تعديل دستوري لإقرارها ولا يمكن الاكتفاء بتعديل القانون فحسب، إذ ستحصن الرقابة السابقة نصوصاً قانونية من رقابة المحكمة الدستورية اللاحقة عليها وهو الأمر غير الدستوري فى ذاته.

والرقابة السابقة من حيث الموضوع هى رقابة فى الفراغ لا تضاهى ولا تقارن بالرقابة اللاحقة التى تبتنتها معظم الدول باعتبار أنها الأكثر فعالية والأنفذ أثراً، ذلك أن الرقابة اللاحقة إنما تباشرها المحكمة بعد أن يوضع القانون موضع التطبيق وبعد أن يختبر من وجهة نظر اجتماعية وبعد أن تكون أبعاده فى مجال التطبيق جلية واضحة والأضرار المترتبة عنه ظاهرة وقاطعة ، إذ دخول القانون مرحلة التطبيق هو الميكن والمظهر لنطاق عواره الدستوري.

وبمعنى آخر فإن الجمع بين الرقابة المسبقة - بناء على طلب رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الشعب أو رئيس الوزراء ، والرقابة اللاحقة بما تؤدى إليه بطبيعة الحال من منع المحكمة من نظر دستورية ما رأت جهة الرقابة المسبقة أنه دستوري، سيثبت أقدام التشريعات التى تريد الحكومة إبقاؤها سارية أيما ما كان الرأى القضائى فى عدم دستورتها .

ولن يجد النص المطعون فيه أمام جهة الرقابة المسبقة من يفنده ويبين عواره ويدل على مواطن

ضعفه ، كما يفعل الخصوم أمام المحكمة حالياً ، وهكذا تقضى هذه الرقابة السابقة على حقوق المواطنين في النود عن مصالحهم التي اغتالها القانون والذي يظهر من التطبيق العملي له عدم دستوريته خلافاً لوجهة نظر جهة الرقابة السابقة .

وعن الحجة الخامسة بالاعتراض على رقابة دستورية القوانين السابقة على الدستور، فذلك أمر لا محل له ويتنافى مع المنطق إذ لو كان الدستور السابق على الدستور القائم يتبنى نظاماً اشتراكياً ثم صدر دستور يتبنى نظاماً رأسمالياً فلا يتصور أن تعمل الدولة في نطاق مفهومين قانونيين مختلفين ، وعلى المحكمة الدستورية العليا حينئذ واجب توحيد هذه المفاهيم وإنزال حكم الدستور القائم على القوانين السابقة كي لا يحكم نشاط الدولة قوانين تتناقض مع بعضها ويكون أحدهما قائماً على حرية السوق وآليات العرض والطلب وتأتيها قائماً على التدخل في الاقتصاد وتوجيهه من قبل الدولة بل والهيمنة عليه إلى حد يقلص نور القطاع الخاص أو ينهيه وبهذا المفهوم تتناغم النصوص القانونية ولا تتنافر، تتوافق ولا تتعارض، تتألف ولا تتماحى⁽³⁸⁾.

هذا وقواعد العدالة ومنطق الأمور يقتضى أن ما سلف ينطبق على القانون من الناحية الموضوعية أما الشكل فيحكمه الدستور القديم وهذا ما قرره المحكمة الدستورية العليا .

وربما نقترح هنا أن ذات القواعد المذكورة تؤدي إلى جعل الرجعية هنا ليست مطلقة لتشمل الوقائع والعلاقات التي أقرها القانون المقتضى بعدم دستوريته منذ صدوره وإنما يجب حينئذ جعل الرجعية نسبية بحيث تقف عند تاريخ صدور الدستور الجديد ولا تتطرق لأبعد من ذلك .

والأزمة الأمريكية الملوّح بها توشك أن تكون « قميص عثمان » الذي يتعلق به كل من يسعى إلى حرمان المصريين من المصالح القانونية العظيم المتمثل في المحكمة الدستورية العليا .

والحق أن هذه الأزمة⁽³⁹⁾ كانت لها ظروفها في أمريكا حيث لم تمكن المحكمة الرئيس روزفلت من إنفاذ قوانين أراد بها الإصلاح الاقتصادي ، والمهم أن هذه الأزمة خرجت منها المحكمة أكثر قوة ولم يستطع روزفلت رغم كل شعبيته تعديل قانون المحكمة .

وإذا اعتبرنا أن ما حدث في الفترة الأخيرة أزمة مشابهة وإن كانت أقل أثراً حيث لم يتدخل رئيس الدولة في الأمر ، فمن ثم فإننا نعتقد أن المحكمة قد خرجت منها أكثر قوة كما حدث في أمريكا .

المبحث الثاني

رأى الدكتور / مصطفى أبوزيد والرد عليه

المطلب الأول

استعراض الرأي

وجه سيادته سؤالا لطلبة السنة الأولى بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية في مادة القانون الدستوري صيغته كالتالي « اكتب في الرقابة الدستورية مبينا كيف أهدرت المحكمة الدستورية العليا

فى مصر أحكام الدستور والقانون ؟، وما هو المخرج فى مثل هذا الوضع إذا تكرّر ؟.

وهل يجب أن تكون الرقابة الدستورية رقابة قانونية أم رقابة مزاجية ؟.

وهل تصبح مهمة المحكمة الدستورية العليا كفالة تطبيق الدستور المصرى أم كفالة رقابة الدستور الأمريكى؟

وتقوم أفكار الدكتور على الأسس الآتية:

١ - إن المحكمة الدستورية العليا فى أحكامها وكيانها ليست متروكة لمشينة أفرادها إذ يحكمها الدستور والقانون، فأما الدستور فتوجد المادة ١٧٨ منه التى تقرر أنه ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار ، وهكذا فإن الأثر الرجعى للحكم أو الأثر المباشر ليس متروكا لمشينة المحكمة ولا لاجتهاد أفرادها، ولا لرأيها الشخصى، وإنما جعله الدستور للقانون وحده ، والقانون هو الذى يقول متى يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى ومتى يكون له أثر مباشر ، وإرادة المحكمة فى ذلك واجتهاد أفرادها عديم الأثر تماما ، ولقد جاء قانون المحكمة الدستورية العليا ذاته رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ فى صورته الأخيرة التى صدر بها من مجلس الشعب ومعه مذكرته الإيضاحية التى وضعتها اللجنة التشريعية ففرق بين القوانين الجنائية والقوانين غير الجنائية وجعل عدم دستورية النص الجنائى يسرى بأثر رجعى ، وعدم دستورية سائر النصوص الأخرى تسرى بأثر مباشر ، وهذا ما يجب أن نلتزم به المحكمة شاعت أم أبت أرادت أو لم ترد ، فإن هى فعلت غير ذلك فإنها بكل بساطة تهدر الدستور والقانون على السواء ومن هنا فلا مفر من القول بأنها عندما جعلت لحكمها بعدم دستورية قانون الانتخاب وهو حكم غير جنائى - أثرا رجعىا - فإنها بذلك تكون قد أهدرت نص الدستور، وقانون إنشائها وأن الصحيح هو أن يكون لهذا الحكم أثر مباشر فقط فيبقى مجلس الشعب قائما ولا يعصف بكيانه ويكون للحكم بعدم الدستورية أثره فيما سيجرى بعده من انتخابات، هذا إضافة إلى أن تضمن أسباب أحكام المحكمة لعشرات الأسطر باللغة الإنجليزية ينطوى على مخالفة نص دستورى واضح هو نص المادة الثانية التى تقرر أن « الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية»، ولم يحدث رؤية هذا الوضع الشاذ والغريب مثلا من إحدى محاكم أيا من القضاة العادى والإدارى.

ودعا سيادته - أخيراً - إلى حوار واسع وعلنى بجريدة الأهرام حول الرقابة الدستورية يشارك فيه رجال القانون جميعا لأن الرقابة الدستورية بطبيعتها - على خلاف سائر فروع القانون تحتاج فى مزاوتها إلى مزيد من الضوابط الدقيقة .

وأكد أن الطعن لا غضاضة فيها إذ إن قضاء المحكمة العليا فى أمريكا تجرى مناقشته من الجميع سواء كانوا رجال سياسة أم رجال فقه بهدف جريان الرقابة على النحو السليم.

وناشد سيادته المحكمة العول عن مبدئها تأسيسا بالمبدأ العُمري فى القضاء الذى وضعه عمر بن الخطاب رضى الله عنه إذ قال لقاضيه أبى موسى الأشعرى : « لا يمنعك قضاء قضيتته بالأسس فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق فإن الحق قديم، ومراجعت الحق خير من التماذى فى الباطل » (40).

المطلب الثاني

الرد على د / مصطفى أبو زيد

يمكن الرد على فكرة الأثر المباشر التي يدعيها سيادته بما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا من أنه يترتب على الحكم القاضي بعدم الدستورية عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة التقادم ، أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن ولو كانت أحكاما باتة .

وقد تكفلت المحكمة الدستورية العليا بالرد في حكمها المنتقد من الدكتور مصطفى أبو زيد بالرد على فكرة الأثر المباشر فقضت بأن « ... الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، إذ هي لا تستحدث جديدا ولا تنشئ مراكز أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلزمه عند صدوره الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بيانا لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره ، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور في حدوده المقررة شكلا وموضوعا فتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه أم أنه قد صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفة وتتعدم قيمته باثر ينسحب إلى يوم صدوره ، فضلا عن ذلك فإن المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أى من جهات القضاء إما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم ، وأوجب على الجهة القضائية عند الشك في عدم الدستورية وقف الدعوى أوتأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة ، إنما كان يبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية وهي منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية ، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي لأصبح لزاما على قاضي الموضوع - الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته أن يطبق ذات القانون - بعد القضاء بعدم دستوريته ولا يحقق لمبدى الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق في التقاضي وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور في المادة (٦٨) منه للناس كافة بالنسبة للمسألة الدستورية غير محدد ومجردا من مضمونه، الأمر الذي ينبغي تجريد المشرع عن قصد التردى فيه . وبالإضافة إلى ذلك فإن النص في المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية ، هو خطاب تشريعي موجه لجميع سلطات الدولة وللکافة للعمل بمقتضاه ، ولما كان قاضي الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي فإنه يكون متعينا عليه عملا بهذا النص ألا ينزل حكم القانون المقضى بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل وذلك يؤكد قصد المشرع في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبق من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضى بعدم دستوريته.

وقد أعملت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية أما في المسائل الأخرى غير الجنائية فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانونى ترتكن إليه ويتحد من إطلاق الرجعية عليها، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا فى تعليقها على نص المادة (٤٩) منه^(٤٨). والحق أن قضاء المحكمة فيما يتعلق بالأثر الرجعى له أسبابه القوية والمنطقية التى تجعل عجيباً هذا النقد القاسى خاصة وقد جاء بعد ستة أعوام من صدور هذا القضاء .

- أما عن الاعتراض على تضمن أحكام المحكمة لعشرات الأسطر باللغة الإنجليزية فإن ذلك مردود عليه بأن الذى يخالف الدستور هو كتابة الحكم باللغة الإنجليزية، أما كتابته كله بلغة عربية تبلغ قمة السمو والرقى ورفاهية الحس ورصانة الكلم ، مع اقتباس بعض الفقرات المؤيدة للمعنى من بعض المراجع الأجنبية سواء باللغة الإنجليزية أو الفرنسية فذلك أمر مقبول ، وهذا مرجعه إلى أن رقابة الدستورية بصفة خاصة تحتاج إلى فكر متطور وإلمام بالأوضاع المقارنة فى الدول الأخرى ، وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا تستنير فى اتجاهاتها بما درجت عليه المحاكم الدستورية وعلى رأسها المحكمة العليا الأمريكية أقدم المحاكم الدستورية القائمة على وجه الإطلاق فلا بأس فى ذلك ويجب أن يكون جهد المحكمة مشكوراً وليس مذموماً، ولا ينال من ذلك الادعاء بأن اللغة العربية هى اللغة الرسمية للدولة وفق نص المادة الثانية من الدستور إذ توجد المخالفة الدستورية إذا ما كان المعنى لا يفهم إلا بالجزء الأجنبى وهو الأمر المتخلف بتمامه ، ومحكمتنا الدستورية تملك من نواصى الكلم ما لا تملكه محكمة أخرى ومن ثم فهى لا تلجأ للعبارة الأجنبية فقرأ وإعنا. ويضاف لماسلف أمره أن ذكر الأصل الأجنبى للفكرة بالحكم يمثل تعضيداً لها وقطعاً لأسنة المترصين بالمحكمة الذين يدعون أن المحكمة تأتى بمبادئ لا أساس لها فى الضمير الإنسانى والعالمى .

أما عن دعوة الدكتور مصطفى أبوزيد - فتح باب جريدة الأهرام لحوار واسع بين رجال القانون جميعاً حول الأثر الرجعى والأثر المباشر لأحكام المحكمة، فنرى أنه ليس من المناسب أن يقحم بقارئ جريدة يومية فى مناقشة فقهية حول هذا الأمر إذ يجب أن تكون تلك المناقشة فى ميدانها الصحيح وهو الكتب والمجلات القانونية.

ورأى الدكتور/ مصطفى أبوزيد - أقدم أساتذة القانون الدستورى فى جميع جامعات مصر على الإطلاق - يحتمل الصواب والخطأ، فلا يصح تدريسه على أنه حقيقة علمية قاطعة، ولا يصح امتحان طالب الحقوق فيه بحيث تقدر حصيلة الطالب العلمية بمقدار علمه بكيفية إهدار المحكمة لأحكام الدستور أو بقدرته على التفرقة بين الرقابة القانونية وتلك المزاجية.

والحق أن المرء مهما اختلف مع المحكمة الدستورية العليا - لم يلحظ أنها أهدرت أو هدمت أو أنقصت أو أغفلت أحكام الدستور أو مارست دورها بصورة مزاجية، فهى لم تمارس عملها وتحقق أسمى إنجازاتها فى تاريخنا القضائى إلا دعماً للدستور وحماية له، ومن ثم فهى فى جوهر دورها تعلى وترعى وتحمى الدستور .

ومما يثير العجب حقاً أن فكرة الأثر الرجعى لم تتقرر لأول مرة بحكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٢٧ لسنة ٩ ق محل النقد ولكن تقرر منذ سنة ١٩٨٢ بحكم المحكمة فى القضية رقم ٤٨ لسنة ٣ ق، أى أن الأمر مستقر عليه، وقد صدرت طبعة سنة ١٩٩٤ من كتاب الدكتور مصطفى أبوزيد «النظام الدستورى المصرى ورقابة دستورية القوانين» مشتملة فى مقدمتها على مديح

المحكمة إذ ورد نصاً أنه «... وكانت الرقابة في بدايتها رفيقة حانية ثم أدركتها سنة التطور فأصبحت جسورة جادة وقد تتابعت هذه الثروة القضائية حتى ملأت الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وحدها أربعة مجلدات كاملة»⁽⁴²⁾.

المبحث الثالث

رأى د/ كمال أبو المجد⁽⁴³⁾

استطاع سيادته بحرفية شديدة وفي مقالتين متتاليتين بجريدة الأهرام أن يبلور حقيقة دور المحكمة الدستورية العليا، وأن يوضح أنها على الإجمال لم تخرج عن دورها وأن مقترحات الإصلاح الدعاة لا محل لها .

فلوضع سيادته أن نشاط المحاكم الدستورية في الرقابة على دستورية القوانين هو التعبير العملي الفعال عن مبدأ « سمو الدستور » وارتفاعه فوق سائر القوانين، وبغير تلك الرقابة يظل الحديث عن سمو الدستور « وعلوه » حديثاً مرسلاً لا قيمة له .. وما أصدق ما قرره الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته المشهورة لقاضيه من أنه « لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له » وما قرره المحكمة العليا الأمريكية من أن الدستور هو القانون الأعلى للبلاد وأنه يستعصى على التعديل بالوسائل التشريعية العادية، ولذلك تعين القول بأن ما تصدره الهيئة التشريعية من أعمال مخالفة للدستور لا يمكن أن يكون قانوناً على الإطلاق وإلا كانت فكرة الدساتير المكتوبة عبثاً تضع به الشعوب أوقاتها محاولة تقييد سلطة تستعصى على التقييد.

ومهمة المحكمة الدستورية ليست ميكانيكية أو حسابية آلية تضع به الدستور في جانب والقانون في جانب كاشفة على نحو موضوعي خالص ما قد ينطوي عليه القانون من خروج على أحكام الدستور.

وقد ظهر في تاريخ المحاكم الدستورية على امتداده وتعدد صوره سياستان قضائيتان مختلفتان بشأن الرقابة تميل أولاهما إلى الحذر الشديد في ممارسة الرقابة والتردد الطويل قبل إعلان مخالفة القانون للدستور وتفسير الشك حول تلك المخالفة لصالح التشريع ، تجنباً لانتهاك المجال التشريعي المحجوز بنص الدستور للهيئات التشريعية المنتخبة ، وتسمى هذه المدرسة مدرسة التقيد الذاتي *self restraint*، أما المدرسة المقابلة فإنها تتبع سياسة أكثر إيجابية وجراً في تعقب المخالفات التشريعية للدستور، إيماناً بأن تلك السياسة هي التي تحقق سمو الدستور، والضمانات الحقيقية لحقوق الأفراد والأقليات وحرياتهم التي يكفلها الدستور، وظهرت مدرسة ثالثة تتبنى سياستين قضائيتين مختلفتين باختلاف ميدان الرقابة فهي تتبع السياسة الإيجابية *activism* في المجال السياسي وما يتصل به من الحقوق وفي مجال التعبير التي هي في نهاية المطاف أول وأقوى الضمانات لقيام ديمقراطية حقيقية مبناهما المشاركة والاختيار الحر ، بينما تتسع سياسة التقيد الذاتي في المجال الاقتصادي والاجتماعي إيماناً بأن الاختيار بين البدائل المتاحة في هذا المجال هو أخص خصائص الوظيفة التشريعية التي احتجزها الدستور للمجالس النيابية .

وفي تطبيق للوضع في مصر رأى سيادته أن السنوات الخمس الأخيرة شهدت نشاطاً غير

مسبقاً لحكمتنا الدستورية في ممارسة الرقابة على القوانين، وأن سياستها القضائية قد صارت أقرب إلى مدرسة الجساسة والإقدام خصوصاً في ميدان حرية الاعتقاد والتعبير وضمانات المتهمين في المحاكمات ومبدأ المساواة بين المواطنين، وأنها أسدت بذلك خدمة تاريخية لحقوق المصريين وحررياتهم تستحق أن تكون موضع اعتراف كل مصري ، فضلاً عن أنها صارت بهذه السياسة القضائية معلماً مشرفاً من معالم حياتنا السياسية تشهد بأن الدستور جد لا هزل وأن سيادة القانون حقيقية نافذة وليست شعاراً نبيلاً يكذب واقع غير نبيل.

ويؤيد سيادته - ونحن معه - السياسة القضائية الإيجابية في ميادين الحقوق الشخصية والحريات المدنية والسياسية، بينما يفضل - ونحن معه أيضاً- أن تتجه المحكمة إلى مزيد من التقيد الذاتي ، وإلى أعمال الضوابط التي قررتتها هي في العديد من أحكامها لسلطتها في الرقابة على التشريع، وذلك حين يتصل الأمر بترتيب العلاقات الاجتماعية والاقتصادية .. حتى تظل تبعة التوفيق بين المصالح المتعارضة في تلك الميادين واقعة على عاتق الهيئة المسؤولة دستورياً عن تحقيق ذلك التوفيق وهي الهيئة التشريعية المنتخبة والمثلة لاتجاهات الجماهير.

وأحكام المحكمة من النوع الأخير هي الأقل عدداً ورغم ذلك تثير الاهتمام والهجوم مثل تلك المتعلقة بالعلاقة بين المؤجرين والمستأجرين⁽⁴⁴⁾ ، ومدى توارث عقد الإيجار بعد وفاة المستأجر الأصلي، وبحق المطلقة الحاضرة في البقاء هي ومحضونها في مسكن الزوجية حين يكون لها مسكن آخر.

ويدافع سيادته عن اضطراب المحكمة التوغل في هذا المجال بأن ذلك مرجعه لتقاعس المشرع عن تنظيمه ، ولوقام المشرع بدوره ما حدث التدخل من قبل المحكمة .

ويعد ذلك انتقال سيادته إلى مقترحات الإصلاح ، موضحاً أنه لا توجد أزمة حقيقية تبررها، حيث قسمها إلى :

أولاً : اقتراحات لا تحتاج إلى مناقشة وهي :

أ - أن تكون مداوات القضاة علنية، وهو مرفوض لمخالفته لجوهر التقاليد والمبادئ القضائية المستقرة وتهديده لحياة القضاة واستقلالهم.

ب - الدعوة إلى جعل القضاء الدستوري على درجتين، وهو مرفوض لإطالته غير المقبولة لأمد التقاضي وإثارة شك الناس حول حكم محكمة أول درجة الدستورية .

ج - الإشارة إلى ضرورة توقيع عقوبات جنائية على القضاة الذين يتدخلون في عمل السلطة التشريعية، وهذا أمر مرفوض لأن قضاة المحكمة الدستورية يؤبون دورهم المنصوص عليه بالدستور، ولأن تاريخ تلك العقوبات بفرنسا كان له ما يسوغه إذ توسعت الهيئات القضائية التي كانت قائمة في فرنسا قبل الثورة الفرنسية في الأمر ويصفة خاصة المحكمة المسماة برلمان باريس، وهو الأمر الذي لا أثر له في مصر .

ثانياً : اقتراحات تحتاج إلى مراجعة واستدراك وأهمها ما يلي :

أ - الاقتراح باشتراط إجماع القضاة أو أغلبية موصوفة منهم لإصدار الحكم.

وجد اقتراح باشتراط إجماع قضاة المحكمة الدستورية للقضاء بعدم دستورية القانون، وذلك

تطبيقاً للقاعدة المستقرة بأن المحكمة الدستورية لا تقضى بعدم الدستورية ما لم تكن المخالفة الدستورية صارخة واضحة أو فوق مستوى الشك المعقول. وكان أنصار هذا الاقتراح في الولايات المتحدة يرون أن وجود أربعة قضاة يعترضون على الحكم يؤكد أن المخالفة الدستورية لا ترقى إلى أن تكون فوق مستوى الشك المعقول، وهذا ما دفع إلى تقديم اقتراحات بتعديل قانون المحكمة العليا الأمريكية أهمها اقتراح سنة ١٩٢٢ بجعل الأغلبية اللازمة لإصدار الحكم هي أغلبية سبعة قضاة .

وهذا الاقتراح سواء باشتراط الإجماع أو أغلبية موصوفة غير منطقي إذ يؤدي إلى تغلب رأي قاض واحد على رأي زملائه جميعاً في حالة اشتراط الإجماع، وتغلب رأي أقلية القضاة على أغليتهم في حالة اشتراط الأغلبية الموصوفة.

ب - اقتراح إعادة إصدار القانون بأغلبية موصوفة في المجلس التشريعي .

اقتراح البعض إعادة إصدار القانون المقضى بعدم دستوريته بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس الشعب، وهذا الاقتراح مرفوض لأن مقتضاه أن مجلس الشعب يملك بتكرار المخالفات الدستورية مرتين أن يضفى عليها ثوب المشروعية والدستورية وأن يمنع المحكمة من محاولة التعقيب على ذلك - كما أن هذا الاقتراح يجعل مجلس الشعب سلطة عليا فوق الدستور لا يملك أحد مراجعتها أو التعقيب عليها⁽⁴⁵⁾.

وإذا ذكرنا طبيعة النظام السياسي بمصر والتمتع الدائم لحزب الأغلبية بأغلبية عظمى في تكوين المجالس المتعاقبة لأدركنا سهولة عودة المجلس إلى إصدار أي قانون تقضى المحكمة بعدم دستوريته، وبذلك يفلق الباب عملياً في وجه مبدأ سيادة الدستور وعلوه ، كما سيهدر هذا الاقتراح ويشكل قاطع نصوص الدستور المتعلقة بكيفية تعديله.

وأخيراً ينهي سيادته مقالتيه بالتأكيد على أن محكمتنا - حقاً - لا تزال تسلك منهاجاً وسطاً وسبيلاً قواماً بين الإفراط والتفريط ، وأنها حين تقرر عدم دستورية بعض القوانين فإنها لا تمارس نشاطاً تشريعياً تتجاوز به حدودها، وتقترح به الاختصاص المحجوز للمجلس التشريعي ، ذلك أن المحكمة يقتصر عملها على تبيان العوار الدستوري ، دون أن تبين للمشروع بعد ذلك كيف يمارس سلطة التقدير الواسعة ، والتي يظل محتفظاً بها وهو يصدر قانوناً جديداً يرفع به العوار الدستوري الذي شاب النص القديم.

المبحث الرابع

رأينا في الموضوع

تعرضنا فيما سلف لرأي كل من د/ أحمد فتحي سرور ، د/ مصطفى أبوزيد فهمي وقمنا بالرد عليهما ، كما تعرضنا للرأي المؤيد لموقف المحكمة والمدافع عنها للدكتور كمال أبو المجد وللإقتراحات بالتعديل التي فندناها ورفضناها. ونرى أن المشكلة الأساسية التي تهاجم المحكمة منها هي مشكلة الأثر الرجعي لحكمها، لذا من المتصور إحداث أحد التعديلين الآتيين لتجنب الأثر الرجعي .

١ - اعتبار أحكام المحكمة الدستورية العليا نافذة فيما يقع بعد صدورها من وقائع دون أن تؤثر في الوقائع التي رفعت الدعوى الدستورية بسببها ، ونرى أن في ذلك تجزيراً للحكم في النزاع الذي

صدر فيه من كل قيمة ويتنافى مع الاعتبارات التي ذكرتها المحكمة بحكمها القيم الصادر في الدعوى رقم ٣١ لسنة ٩ ق دستورية جلسة ١٩/ ٥ / ١٩٩٠ المشار إليها (46).

٢ - تحديد مدة زمنية طويلة نسبياً يبدأ بعدها سريان آثار الحكم بعدم الدستورية تحقيقاً للأمن القانوني ، وهذا يخالف طبيعة حكم المحكمة الدستورية العليا باعتباره حكماً باتاً .

ونقر بداية أن فكرة الأثر الرجعي للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا تمثل مشكلة كبيرة وتهديداً مستمراً على المحكمة الدستورية العليا وسبباً للهجوم عليها ، ولكن ما باليد حيلة ، إذ لا يمكن التكر من هذا الأثر وإلا أفرغ الحكم الدستوري من مضمونه على النحو المذكور سلفاً .

ونرى أن الأثر الرجعي للحكم لا يحده إلا الحكم الحائز قوة الأمر المقضي فقط إذ لن يثبت التقادم إلا بحكم قضائي (47) .

لذا نرى أن المذكرة الإيضاحية قد أخطأت عندما أشارت إلى التقادم كسبب منفصل عن الحكم الحائز قوة الأمر المقضي .

١- 'وببدو الضيق الحكومي من الأثر الرجعي جلياً وواضحاً في الحالتين الآتيتين :

١ - عدم دستورية النص التشريعي الذي أجريت انتخابات مجلس الشعب بناء عليه ، إذ يؤدي ذلك ولازمه بطلان تكوين المجلس منذ انتخابه، وسيرا وراء ذات المنطق فإنه يترتب على ذلك عدم دستورية كل ما أقره المجلس من قوانين مما يهدد البلاد بانتهيار دستوري كامل، إلا أن المحكمة بما عهدناه فيها من حصافة رأيت أن البطلان لا يؤدي إلى وقوع انهيار دستوري ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات منذ تكوينه وحتى تاريخ نشر الحكم .

ولم تذكر المحكمة الأساس القانوني لما قررته وربما تفسير ذلك أنه من الصعب إيجاد أساس له عدا نظرية الضرورة الملجئة لاستمرار الدولة وحسناً ما انتهجت المحكمة إذ فيه درجة كبيرة من التقيد الذاتي، ومنع من الانهيار الدستوري وفتح مجال الاجتهاد في أساس هذا القضاء .

٢ - عدم دستورية قانون ضريبي .

سبق وأن استعرضنا قضاء المحكمة الضريبي تفصيلاً ويترتب على الحكم بعدم دستورية قانون ضريبي ضرورة رد هذه الضريبة .

ولما كانت الضريبة تؤول مصدراً مالياً هاماً لدخل الدولة يتضافر مع غيره (48) من الموارد لتستخدمه الدولة لمواجهة نفقاتها الكلية سواء في مجال الدفاع والأمن وغيرها من الشؤون التقليدية أو لمواجهة ما جد من اختصاصاتها كتلك التي تتعلق بالصحة والتعليم أو لإشباع أعبائها الاجتماعية أو متطلباتها الاستثمارية وغير ذلك من احتياجاتها، لذا فإن رد الضريبة بصفة عامة أو الرسم غير المستحقين لا بد وأن يكون متقيداً عن رد غيرهما مما دفع بغير وجه حق منعا من اضطراب ميزانية الدولة وفساد خططها .

واستناداً للأسباب المذكورة فقد جعل المشرع مدة التقادم في استرداد الضرائب والرسوم غير المستحقة هي ذاتها مدة التقادم المقررة في استرداد دفع غير المستحق بوجه عام [م ١٨٧ مدني]، إلا أن التقادم بالنسبة للنوع الأول يسرى من يوم دفع غير المستحق سواء كان الممول يعلم بحقه في الاسترداد أو لا يعلم، فإذا كان لا يعلم فليس هناك مدة تقادم أخرى مقدارها خمس عشرة سنة

تسرى من وقت الدفع إذ مدة التقادم هنا واحدة لا تتغير وهى ثلاث سنوات تسرى من وقت الدفع، وهذا بخلاف التقادم فى استرداد غير المستحق فى غير الضرائب والرسوم إذ تقادم الثلاث سنوات يسرى حينئذ من وقت علم الدائن بحقه فى الاسترداد⁽⁴⁹⁾ ويسقط هذا الحق على أى حال بخمس عشرة سنة من وقت الدفع، ومن ثم تكون أحكام الفقرة الثانية من المادة (٣٧٧) مدنى مخصصة للأحكام العامة الواردة فى المادة (١٨٧) مدنى.

هذا وقد حدد القانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٢ مدلا المادة (١٧٥) من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ جاعلا مدة سقوط الضريبة فحسب خمس سنوات.

ويرى رأى أن ما سلف لا ينطبق على حالة القضاء بعدم دستورية فرض الضريبة ذلك أن إعمال أثر التقادم لا يتأتى إلا حيث يكون الحق قد نشأ وتكامل فى نمة المدين وحينما تكون المطالبة أمراً ميسوراً من جهة القانون ، فإذا قام مانع يستحيل مع وجوده المطالبة قانوناً بهذا الحق من جانب صاحب الشأن فإن ميعاد السقوط لا يفتتح إلا من التاريخ الذى يزول فيه هذا المانع والذى تصبح فيه المطالبة أمراً جائزاً وميسوراً قانوناً⁽⁵⁰⁾.

ويقوم هذا رأى على ركيزة من نص المادة ٢٨٢ مدنى والتي تنص على أنه « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً ، إذ يعتبر هذا رأى أن قوانين الدولة ولوائحها المعمول بها يفترض فى أحكامها الصحة والمشروعية حتى وإن كانت هذه القوانين غير دستورية، ومن ثم فإنه خلال الفترة ما بين العمل بالقانون غير الدستوري والقضاء بعدم الدستورية، ما كان يمكن لنوى الشأن الامتناع عن تنفيذه والخضوع لأحكامه ، الأمر الذى يمثل مانعاً مادياً يحول دون المطالبة بآية حقوق خلال تلك الفترة مما يترتب عليه ضرورة وقف أحكام التقادم ، ويؤزل هذا المانع بنشر الحكم القاضى بعدم دستورية القانون بالجريدة الرسمية ، ومن ثم يسرى التقادم منذ ذلك التاريخ. ويرى هذا رأى أن المبدأ المذكور ينطبق بصفة عامة على جميع القوانين المقضى بعدم دستورتها وليس القوانين الضريبية فحسب ، ومن ثم ينكر هذا رأى فكرة سريان التقادم قبل نشر الحكم بعدم دستورية القانون أو اللائحة⁽⁵¹⁾.

ويذهب رأى آخر إلى أنه لما كان التقادم ليس من النظام العام ويسقط إذا لم يطلب صاحب الشأن الحكم به ولا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ، فهو ذو طبيعة هزيلة ولا يجوز أن يمنع الأثر الرجعى لحكم المحكمة الدستورية العليا، إذ الحكم يكتسب حجية مطلقة فى مواجهة سلطات الدولة والكافة ، والمنطقى أن يضرب بالتقادم عرض الحائط وأن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى مطلق ، خاصة وأن التقادم نظام سىء السمعة، ويتصادم مع شرائع السماء التى لا يسقط فيها حق لصاحبه أبداً بالتقادم حتى يقتضيه الله تعالى يوم القيامة .

ويرى هذا رأى - أيضا - أن الرجعية لا يجب أن يحد منها الحكم الحائز قوة الأمر المقضى إذ يصبح هذا الحكم بعد قضاء المحكمة الدستورية غير شرعى وكسب بالمخالفة للدستور، والأولى إرجاع الحق لصاحبه بعد القضاء بعدم الدستورية ، ولا يقدر مما سلف الحرص على استقرار المراكز القانونية إذ الاهتزاز الحقيقى للأمة يحدث بتعطيل أحكام عدم الدستورية⁽⁵²⁾.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع الرأيين السالفين، وذلك لأن العمل بأحكام التقادم يؤدى للاستقرار

النسبي للأوضاع ويعمم أى اتجاه للحد من دور المحكمة، كما أنه حقا لم يكن يوجد مانع مادي أو أنبي يعوق صاحب الشأن عن ولوج الطريق القانوني للمطالبة بحقه والدفع فى النزاع الموضوعى بعدم دستورية القانون أو اللائحة .

ورب قائل أن صاحب الشأن قد يلجأ إلى الطريق السالف ويفشل لأن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى لم تستجب لدفعه رغم استجابة غيرها لغيره الأمر الذى لا نذب له فيه .

وهنا يمكن الرد على ذلك بأن تلك الحالة ستكون نادرة جدا ومندرجة ضمن الحالات المستقرة بالحكم ، ومن ناحية أخرى يكون لصاحب الشأن حق حينئذ فى مجال التعويض .

وهكذا تعد فكرة التقادم فى مجال رجعية الأثر المترتب على الحكم الدستورى فى كافة المجالات بصفة عامة ضابطا متميزا ومفيدا للحد من الأثر الرجعى المطلق للحكم (53).

ويتطبيق المبدأ السالف على الضرائب والرسوم خاصة يبين أن القضاء بعدم دستورية أيهما لا ينال من سريان التقادم الثلاثى على الضرائب أو الرسوم المدفوعة استنادا للقانون المقضى بعدم دستوريته ، من يوم دفع تلك الضريبة (54) أو الرسم وليس من اليوم التالى لنشر الحكم .

وهكذا نرى أن الأمر لا يشكل كارثة كبيرة على الحكومة فى حقيقته وجوهره أو بمعنى آخر أن التحويل فى مجال أثر الحكم الدستورى فى مجال الضرائب أو الرسوم غير صحيح .

ولما كانت المادة (٢٨٧) من القانون المدنى تنص على أنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين..... » (55).

والواضح من النص السالف أن التقادم - بحسب الأصل - لا يعد من النظام العام وأنه يتعين للقضاء به أن يتمسك به المدين ، ومرد ذلك إلى أن التقادم المسقط إنما يقوم على مظنة الوفاء وضمن استقرار الأوضاع ، وبالتالي فإن الدفع به أمر يتصل مباشرة بمصلحة المدين الخاصة كما يتصل بضمييره ولذلك جعله القانون خيارا بيده بحيث يكون له ألا يتمسك بالتقادم إذا كان يعلم أن ذمته مشغولة بالدين وتخرج من الدفع بسقوطه .

ولما كانت أحكام القانون المدنى الخاصة بالتقادم لا تميز بين ديون الأفراد وديون الحكومة ، ومن ثم فإن هذه الأحكام تسرى جميعها فى العلاقة بين الحكومة والأفراد ، كما تسرى فى علاقة الأفراد بعضهم والبعض سواء بسواء .

وترتيباً على ما تقدم يكون للحكومة أن تتمسك بالتقادم المسقط لما عليها من ديون إن رأت فى ذلك مصلحتها أو استقرار أوضاعها كما يكون لها ألا تتمسك به - وهذا ما نرجحه - مراعاة لانشغال ذمتها بالدين ، وأنه لا يجدر بها أن تتمسك بتقادمه وهى الأمانة على حقوق الأفراد الذين ركنوا إلى الثقة فى وفائها وقصدت بهم ظروفهم عن ملاحقة المطالبة بحقوقهم (56).

وهكذا نخلص مما سلف إلى أن الدفع بالتقادم وسيلة كفلها القانون للحكومة لتتخلص من رد الضرائب (57) ، (58) والرسوم المقضى بعدم دستورية تحصيلها حتى لا تضطرب خططها ، إلا أن الأولى والأجدر أن تتنازل الحكومة عن هذا الحق لبناء جسور الثقة مع المواطنين ، والأمر كله مرده إلى حكمتها وتقديرها .

فإذا استبانَت الحقيقة على النحو المذكور وإذا كانت المحكمة من ناحية منعت الانهيار الدستورى ،

وكانت أحكام التقادم مانعة هي الأخرى لفساد الخطط المالية للدولة ، فإن الهجوم على المحكمة بحجة عدم استقرار الأوضاع يكون قد ورد على غير محل إذ هت دعائمه اللتان قد لا تذكر صراحة.

وهكذا تعد فكرة التقادم في مجال رجعية الأثر المترتب على الحكم الدستوري في كافة المجالات بصفة عامة ضابطا متميزا ومفيدا للحد من آثار الرجعية ومن الأمور التي تساهم كثيراً في صد الهجوم على المحكمة.

وتحقق فكرة التقادم وفقاً للحدود والضوابط التي أوضحناها سلفاً المصالح الآتية مجتمعة .

أولاً : مصلحة المحكمة في نفي اتهامها بأن أحكامها بعدم الدستورية تؤدي لعدم استقرار الأوضاع، إضافة إلى إعطائها حرية أكبر في القضاء بعدم الدستورية طالما أن حكمها لن يؤدي في حقيقته لعدم استقرار الأوضاع بصورة فاحشة .

ثانياً: تحقيق مصلحة رافع الدعوى الدستورية بحسبان أن التقادم بالنسبة إليه قد انتفى برفعه دعواه الموضوعية.

ثالثاً : تحقيق مصلحة غير رافع الدعوى الذي لم تنقض مدة التقادم بالنسبة إليه أو حتى الذي انقضت مدة التقادم بالنسبة إليه إلا أنه رأى عدم التمسك به سواء كان المتمسك به هو الحكومة أو الأفراد حسب الأحوال الواقعية.

رابعاً: تحقيق مصلحة الحكومة في التمسك بالتقادم من عدمه حسب ظروفها حال كونها هي الملزمة بالرد كما في المسائل الضريبية .

خامساً : تحسين شكل المحكمة قبالة الرأي العام إذ لو ظهرت المحكمة أمام الرأي العام بوصفها لا تعترف بالتقادم، فإنها بذلك تكون قد خرجت على صريح نص المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا ذاته ومن ثم يسهل الهجوم عليها بوصفها حكومة قضاة، وإذا كانت المحكمة هي التي تحمي الدستور فإن الرأي العام هو الذي يحمي المحكمة .

سادساً: لو افترض حقا بمخالفة فكرة التقادم للشريعة الإسلامية فإن ذلك لا ينال من تطبيقها وفقاً للمعيار الذي ألزمت به المحكمة الدستورية نفسها والذي يقضي بأن الرجوع لأحكام الشريعة يكون بالنسبة للتشريعات اللاحقة للتعديل الدستوري للمادة الثانية من الدستور سنة ١٩٨٠ ، حيث إن قانون المحكمة الدستورية العليا صدر سنة ١٩٧٩ .

هذا ومن الجلي أن الرجعية في أمريكا موجودة أيضاً وهي نسبية⁽⁵⁹⁾ وليست مطلقة .

الفصل الثالث

مستقبل الرقابة القضائية الدستورية

تقسيم :

رغم كل محاولات الهجوم على رقابة الدستورية والقضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر ، ورغم محاولات الحد من دور كل من المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا المصرية ، إلا أن واقع الحال يبين ويؤكد أن غد الرقابة أكثر إشراقاً وتوهجاً . ويتوقف مستقبل الرقابة المشرق على دعامين ، أولهما : فهم الطبيعة الحقيقية للرقابة ، وثانيهما اعتماد مبدأ الحوار الدستوري .

وسوف نتناول أيضاً في هذا الفصل مستقبل الرقابة بمعنى النصوص القانونية التي من المتوقع مستقبلاً أن تنالها سهام الدستورية، إذا ما حدث وسمحت الفرصة بعرضها على المحكمة الدستورية العليا .

ولذلك سوف تكون دراستنا في هذا الفصل على النحو التالي :

المبحث الأول : مستقبل الرقابة الدستورية المشرق .

المطلب الأول : طبيعة الرقابة الدستورية .

المطلب الثاني : مبدأ الحوار الدستوري .

المبحث الثاني : نصوص يتوقع القضاء بعدم دستورتها .

المبحث الأول

مستقبل الرقابة الدستورية المشرق

المطلب الأول

طبيعة الرقابة الدستورية

إن مستقبل الرقابة الدستورية وإمكانات تطورها يعتمد أساساً على كنهها وطبيعتها فكما كانت تلك الرقابة ذات طبيعة قانونية صرفة كلما كانت الرقابة بطيئة التطور وكلما مالت تجاه الطبيعة السياسية كلما كان غدها أكثر إشراقاً وتطوراً مع تطور العوامل والظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

ويوجد اتجاهان في هذا الشأن نعرضهما على النحو التالي :

الاتجاه الأول :

يؤمن بالبعد القانوني للرقابة بمعنى أن مهمة القاضي هي الفصل في المنازعات ذات الطابع القانوني فعند تعارض التشريع مع الدستور فإن الواجب الطبيعي للقاضي هو أن يطبق الدستور بوصفه القانون الأعلى حال تعارضه مع النص التشريعي وهو القانون الأدنى، وسبق للمحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية الولايات المتحدة ضد بتلر أن قضت بمثل ذلك المفهوم .

ورقابة الشكل هي أول ما يقوم به القاضي الدستوري إذ يتأكد من مطابقة القانون للأوضاع الشكلية المنصوص عليها بالدستور ، ويمكن أن يقوم القضاء العادي بهذه الرقابة حتى ولم يوجد نظام الرقابة القضائية الدستورية كما هو الحادث في فرنسا .

ورقابة الشكل لا توجد بها شبهة سياسية بل هي ولا غرو رقابة قانونية خالصة. فإذا ما تكبد لقاضي من سلامة القانون من حيث الشكل ينتقل إلى مرحلة تالية وهي مدى اتفاقه أو مخالفته للدستور، أنصار الرقابة القانونية يرون أن دور القاضي هو المقابلة الحرفية بين نصوص القانون ونصوص لدستور للبحث عن التعارض بينهما فإذا تجاوز وراء ذلك خرج بالرقابة من البعد القانوني إلى البعد سياسي، وهذا ما لا يجوز.

الاتجاه الثاني :

يؤمن بالبعد السياسي للرقابة ، وقد أوضح هذا البعد السياسي للرقابة الفقيه الفرنسي بيريو، إذ ي أن الأسس النظرية والمنطقية التي تقوم عليها الرقابة جديرة بالاحترام، وأن الدستور ما دام هو نانون الأعلى في البلاد فلا مناص من احترامه بما يستتبعه ذلك من بطلان القانون المخالف له .

ومن ثم يتعين وجود جهة أخرى غير الجهة التي وضعت القانون تختص برقابة الدستورية، ورغم تناد الفكرة إلى تلك الأسس المنطقية إلا أنه يستحيل تطبيقها عملياً بالوسائل المناسبة ومن ثم قد ين من الأنسب البحث عن وسيلة أخرى لمنع تعسف السلطة التشريعية .

ومقارنة القانون بالدستور تتجاوز وجهة النظر القانونية الدقيقة، ولو كان تدخل القاضي مقصوراً على المقارنة بين نصين فإن تدخله لن يجدى شيئاً لأن المشرع من المهارة بحيث لا يخالف صراحة الدستور، ولابد لقيام القاضي بمهمته أن يحدد نوايا واضع الدستور ونوايا المشرع ويتوقع آثار القانون وأصدائه، الأمر الذي يلزم بأن يضع القاضي نفسه مكان واضع الدستور مما يعد اقتحاماً للساحة السياسية وخروجاً عن حدود الوظيفة القضائية.

ولما كان الدستور يعتمد على توجيهات غير حاسمة فمن ثم لا توجد ركيزة يستند إليها القاضي في رقابة الدستورية، ومن ثم فإن السلطة القضائية مدعوة استناداً لسلطانها في رقابة دستورية القوانين لتقمص دور العراف أى تقمص دور واضع الدستور الراقد تحت الثرى .

ويعترض بيردو على رقابة الدستورية استناداً لما سلف، ويرى أن الحالات التي لا يثار فيها شك في وجود مخالفة دستورية لا تستدعي تنظيمًا للرقابة الدستورية بحسبان أنه يمكن الاعتماد في ذلك على رد فعل الرأي العام .

وفي حالات المخالفة الخفية لا يجد القاضي في عبارات الدستور ما يمكن الاستعانة به لتطبيقها على الوقائع الجديدة .

ونرى أن الرقابة الدستورية هي رقابة قانونية⁽⁶⁰⁾ وسياسية في ذات الوقت إذ إن مادة الرقابة سياسية بطبيعتها لأنها تنصب على عمل الساسة المنظمين لشئون الدولة وهم المشرعون. وإذا كان القاضي يحاول قدر جهده الالتزام بضوابط الرقابة الموضوعية إلا أن قيام القاضي بالتعرف على نوايا المشرع العادى وواضع الدستور في معرض الرقابة على دستورية القوانين توصلًا لاكتشاف المخالفة المستترة تجعله يعتمد بالضرورة على معيار شخصي كما أن الضوابط الموضوعية من خلقه هو فمن ثم لا زال للمعيار الشخصي، دور كبير يؤدي حتماً لوجود دور سياسي.

وإذا كان أنصار الرقابة القانونية يرون ضرورة التقيد بالنصوص المكتوبة دون تجاوزها إلى ما يعلو الدستور من مبادئ حتى لا يحل القاضي الدستوري نفسه محل المشرع الدستوري، فإننا نرى عدم صحة ذلك إذا لا زالت مبادئ الدستور ذات طبيعة مرنة وفضفاضة ولا يمكن ضبطها وتحديدها بغير الرجوع لما استقر من مبادئ في الضمير الإنساني والعالمي، وإلا خلت الرقابة من أى مضمون، وهذا ما انتهجته محكمتنا الدستورية⁽⁶¹⁾ في العديد من أحكامها على النحو الذى أوضحناه في الباب التحليلي .

وهناك حكم للمحكمة يبدو أنه يشير ضمناً إلى تلك الطبيعة السياسية وذلك في قضية مؤداها أن أحد المستشارين المتدربين بهيئة مفوضى المحكمة الدستورية من مجلس الدولة طعن على قرار تعيين اثنين آخرين من الهيئة كأعضاء بالمحكمة، وهنا قررت المحكمة أن العمل في هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا مستقل في طبيعته وخصائصه عن الرسالة التي تقوم عليها المحكمة في مجال ممارستها لاختصاصاتها المحددة بالدستور ويقانون إنشائها، ذلك أن هيئة المفوضين تعكس في التقارير التي تقدمها إلى المحكمة وجهة نظر قانونية مجردة وهي وجهة تدخلها المحكمة في اعتبارها مضافة إليها طبيعة المصالح التي تتنازع فيما بينها في شأن الموضوع المعروض عليها، ووزن كل منها ودرجة تناقضها وإمكان التوفيق بينها، وما يقتضيه ترجيح إحداها - تخلياً لموجباتها - من حلول⁽⁶²⁾.

فإذا كانت المحكمة تقر بأن هيئة المفوضين تراعى الاعتبارات القانونية الخاصة بينما هي تراعى المصالح المتعارضة، فلا بد وهي تراعى هذا الأمر أن تراعى مصلحة المجتمع ككل والذي تتأثر أوضاعه ولا غرو بالطبيعة العينية لأحكامها والملزمة لكافة الجهات فى الدولة، ومن ثم يؤكد هذا الأمر الطبيعة السياسية للرقابة .

ويؤكد هذا الأمر أيضاً أن المحكمة لا يمكنها أن تقضى بحكم يؤدي لاضطراب الأوضاع حتى ولو كانت المعايير الفنية والقانونية التقليدية تؤدي إلى الأخذ بغير ما انتهجته المحكمة، إذ حينئذ سرعان ما تتبعث المحكمة وتخلق من المعايير الجديدة ما يبرر قضاها، ويظهر ذلك جلياً فى حكمها الصادر بحل مجلس الشعب مع بقاء قوانينه السابق إقرارها على أصل صحتها ما لم يقض بعدم دستوريته بسبب آخر، إذ هنا منعت المحكمة حق الانهيار الدستورى مستندة فى ذلك - وفقاً نعتقد - لنظرية استمرار الدولة ومنع فئانها .

ورغم كل الضوابط والقيود وطرائق التفسير سالفة الذكر فلا زال الدستور - وحسبما قرر القاضى هيوز - هو ما يقوله قضاة المحكمة العليا ، ولا شك أن حكم القاضى يعتمد على المقدمات التى كونت شخصيته ومن ثم تحكم فى سلوكه، فإذا كان القاضى بحسب مزاجه واقتناعه الراسخ من المعرفة والتجربة من نوى الميول الغربية، أو متعاطفاً مع الولايات الصغيرة ومسانداً لها كما فعل القاضى William James، أو من الاشتراكيين المؤمنين بحق المجتمع فى الرقابة، أو محافظاً مثلما كان رئيس المحكمة العليا White والقضاة Van devanter و Sutherland و Field فما من شك فى أن هذه القناعات الراسخة والأفكار الثابتة لا يوجد منطق قانونى يمكن أن يؤثر عليها وتظهر فى الحكم على نحو يستحيل تفاديه (63).

وصفوة القول أنه لا يعد إسرافاً التقرير بأن الرقابة الدستورية هى رقابة تتدخل فيها وإلى حد ما الاعتبارات السياسية مهما حرص القاضى على تفادى ذلك ، وأنه من الناحية النظرية يصح القول أنها ذات طبيعة قانونية أو أن القاضى فيها يباشر مهمة قانونية خالصة، إلا أن الواقع يثبت خلاف ذلك ، إذ لا يمكن للقاضى الدستورى إلا أن يفسر النصوص الدستورية لا على أنها أحكام مجردة ولكن على أساس من أنها أحكام حية تتفاعل وتتطور مع المجتمع وظروفه، وسيظل نور المحكمة الدستورية فى أى مكان حر - حقاً - أن تعمل على إيجاد الصلة أو همزة الوصل بين نصوص الدستور المحلى وبين المبادئ الإنسانية المستقرة . وهى فى ذلك تلعب دوراً سياسياً تقدمياً لا محالة .

وهكذا نتوقع - فى إطار من هذا الفهم أن تتطور الرقابة كلما طورت المحكمة من معانى النصوص الدستورية نحو غد أكثر إشراقاً .

المطلب الثانى

مبدأ الحوار الدستورى

يرى لويس فيشر أن الكونجرس من حقه أن يمرر تشريعاً يلغى ما يراه سوء تفسير قضائى من المحكمة ولا يستطيع أحد أن يلومه على ذلك، وبالنسبة للتفسير الدستورى فإن الكونجرس يستطيع أن يكسب الجولة حال تعارض وجهة نظره مع هذا التفسير مع الوقت، وذلك عن طريق التغير الذى يحدث فى تركيبه المحكمة أو آراء القضاة ذاتها .

ولا ينال ذلك من مكانة السلطة القضائية إذ إن عمل المحكمة العليا هو مواعة اللغة العامة للدستور مع الاحتياجات المتغيرة للأمة ، الأمر الذي يؤدي إلى حركية الدستور وعدم ثباته، ويدعو ويشجع سيادته قيام المشرع بالتشريع بصورة تحت المحكمة على إعادة النظر في قراراتها من وقت لآخر ليهيئ للمحكمة فرصة التطوير.

ولا يجب النظر حينئذ للمحكمة بوصفها قد أخطأت في السابقة التي عدلت عنها ، إذ إن العدول أمر صحي - حسبما أسلفنا .

ومثال ما سلف أن المحكمة سبق لها أن ألغت تشريعات الكونجرس المنظمة لعمالة الطفل على أسس دستورية ، وحول الكونجرس أسس هذه التشريعات من فقرة التجارة إلى فقرة الضريبة وهنا أيضا قضت المحكمة بعدم دستورية القانون، وأخيرا في سنة ١٩٣٨ عاد الكونجرس ثانية لفقرة التجارة فأيدت المحكمة دستورية القانون⁽⁶⁴⁾.

ويشبه هذا الأمر إصرار الكونجرس على إصدار قانون الحقوق المدنية سنة ١٩٦٤ رغم أنه كان من الواضح مخالفته للمبادئ السابق تقيدها من المحكمة في حقبة ماضية سنة ١٨٨٣ .

وهكذا يبدو أن التعارض الظاهر ما بين المبدأ القضائي والفلسفة التشريعية لم يمنع الكونجرس من إعادة المحاولة، وقد عدلت المحكمة عن موقفها وأيدت القانون استناداً لفقرة التجارة بين الولايات⁽⁶⁵⁾.

وهكذا فإن هذا التناغم والحوار ما بين المحكمة والكونجرس أفضل تماما من الاعتقاد في السيادة القضائية المطلقة . وليس مستغربا حال الخلاف بين المحكمة والكونجرس حول أمور دستورية أن يكون الكونجرس على صواب .

وإذا كان هناك احتياج في أوقات معينة للإجماع ولحكم عنيف كما حدث في قضية ووتر جيت سنة ١٩٧٤ فإن مثل هذا الاحتياج لا يتكرر كثيراً ، ولا بأس أن تتخذ المحكمة أحكاما استكشافية لتبين الأمر وربود الفعل قبل أن يستقر إجماعها على حال.

ويمكن أن تتخذ المحكمة أحكاما في أوقات الأزمات لا تلجأ إليها في الأوقات العادية كالمعاملة التي حدثت لليابانيين أثناء الحرب العالمية الثانية .

وخلاصة القول أن التفسير الدستوري أمر مخول للجميع وليس مقصورا على المحكمة وحدها ، وهذا يساعد على إحداث الحوار الدستوري بين المحكمة والفرعين الآخرين والشعب ككل .

ويخلص لويس فيشر إلى أن الأمة الأمريكية تشعر بأمان أكثر لما تنفتحت السلطة في ظل نظام الفحص والتوازن ، وهو الأمر الذي يفضي لأن تمكن محكمة غير منتخبة من مراقبة أعمال الفرعين المنتخبين ، ويفضي أيضا إلى أن التفسير الدستوري ليس مقصوراً على المحكمة فقط، إذ يرى لويس فيشر أن السيادة مرفوضة لأي من الأفرع الثلاثة .

وهكذا فإن الحوار الدستوري يقوم على خطأ المبالغة في الاعتقاد في السيادة القضائية المطلقة وفي اعتبار القضاء الدستوري حامى حمى القواعد الدستورية، إذ لو حدث ذلك لتحمل القضاء الدستوري ما لا يطيقه ولا يقدر عليه. وقد قرر رئيس المحكمة العليا الأمريكية إيرل وارن ذات مرة أنه يجب على القضاة أن يلعبوا دورا محدوداً في النظام السياسي إذ تقع مسئولية وضع القواعد المتفقة

مع الدستور على عاتق السلطتين التشريعية والتنفيذية بل إنه حتى في ذلك المجال لا يجب زيادة الاتكال على السلطتين الأنفتين بحسبان أن ذلك مسئولية كل مواطن⁽⁶⁶⁾.

ومما يؤكد ما سلف أن الرئيس الأمريكى جيمس بوكانين قد ذكر ذات مرة أن ما تنقسم عليه الأمة الأمريكية بصدد العبودية تختص به المحكمة العليا دستورياً وكان جزاء تحميل المحكمة لهذه المسئولية هو أن حكمها فى قضية العبد برد سكوت قد أدى إلى قيام الحرب الأهلية الأمريكية. وهكذا لاحماية للحرية والديمقراطية ولإبدائى الحكومة المقيدة بغير رفض للسيادة المطلقة للسلطات الثلاث فى الدولة. وشيئاً مشابها لما حدث فى أمريكا حدث فى مصر عندما انقسمت الأمة حول قانون الصحافة ، وعرض الأمر كدعوى تفسير على المحكمة فذهبت⁽⁶⁷⁾ المحكمة الدستورية إلى عدم قبول الطلب، وخيراً ما فعلت .

وهكذا يبدو أن المحكمة الدستورية فى مصر بوصفها حديثة العهد تستفيد من عثرات وأزمات المحكمة العليا الأمريكية العتيقة فى العمر وهو أمر مستحسن.

وباليت مستقبل الرقابة الدستورية يقوم على أساس الحوار الدستورى ورفض للسيادة القضائية فى ذلك أفضل حماية للقضاء الدستورى.

المبحث الثانى

نصوص يتوقع القضاء بعدم دستورتها

هناك نصوص عديدة يتوقع القضاء بعدم دستورتها لو سمحت الفرصة وعرضت على المحكمة الدستورية العليا، وسوف نكتفى نموذجين لتلك النصوص على سبيل المثال لا الحصر على النحو التالى :

المطلب الأول

المادة الثالثة من القانون ١٠١ لسنة ١٩٨٧

بتقرير علاوة خاصة للعاملين بالدولة والقطاع العام

تنص تلك المادة على أنه :

« لا يجوز الجمع بين العلاوة الخاصة المنصوص عليها فى هذا القانون وبين الزيادة التى تقررت فى المعاش اعتباراً من أول يوليو سنة ١٩٨٧ ، فإذا زادت قيمة العلاوة عن الزيادة فى المعاش أدى إلى العامل الفرق بينهما من الجهة التى يعمل بها .

ومفاد هذا النص أن المشرع بعد أن قرر علاوة خاصة للعاملين بالدولة والقطاع العام الموجودين بالخدمة وقت العمل بإحكام هذا القانون أو الذين سيعينون مستقبلاً حظر الجمع بين هذه العلاوة وبين الزيادة التى تقررت فى المعاش اعتباراً من ١ / ٧ / ١٩٨٧ ، فإذا زادت قيمة العلاوة عن الزيادة فى المعاش أدى إلى العامل الفرق بينهما من الجهة التى يعمل بها .

وعلى هذا فإنه إذا ما قضى القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٢ بضم تلك العلاوة المقررة بالقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٨٧ إلى راتب العامل فإن الجزء الذى سيضم للعامل هو الفرق بين قيمة العلاوة الخاصة والزيادة التى تقررت فى معاشه العسكرى وذلك فى حالة زيادة هذه العلاوة على الزيادة فى المعاش (68).

وكانت الفقرة الأولى من المادة (٩٩) من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ بعد تعديلها بالقانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ تنص على أنه « إذا عين صاحب معاش على درجة مالية فى الجهاز الإدارى للدولة أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو هيئات القطاع العام وشركاته، أوقف صرف معاشه طوال مدة خضوعه لأحكام قانون التأمين الاجتماعى، فإذا كان صافى المرتب الأساسى الذى يتقاضاه صاحب المعاش المعين فى إحدى الجهات المشار إليها أقل من المعاش المستحق له من القوات المسلحة مضافاً إليه ٢٠٪ منه يصرف له من المعاش ما يعادل الفرق بينهما على أن يستتزل من جزء المعاش المنصرف له أى زيادة تطلبا مستقبلا على هذا الصافى حتى انتهاء خدمته المدنية ... » .

وكانت المحكمة الدستورية (69) قد قضت بعدم دستورية الفقرة المذكورة تأسيسا على أن العدوان على أى من المعاش أو الأجر ينحل إلى إخلال بالملكية الخاصة التى كفل الدستور فى مادته الرابعة والثلاثين أصل الحق فيها وأحاطها بالحماية اللازمة لصونها ، تلك الحماية التى جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على انصرافها إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء ، واتساعها بالتالى للأموال بوجه عام.

ونزهت المحكمة إلى أنه ليس ثمة ما يحول دون الجمع بين الحق فى المعاش والأجر لاختلافهما مصدرا وسببا ، ذلك أنه بينما يعتبر نص القانون مصدرا للحق فى المعاش فإن استحقاق أجر العمل مرده إلى رابطة العمل ذاتها تنظيمية كانت أم تعاقدية ليرتبط بها ويرتد إليها فى مصدره المباشر.

كذلك يعتبر المعاش مستحقا عن مدد خدمة سابقة بالقوات المسلحة مؤدى عنها حصص تأمينية بينما الأجر هو المقابل المشروع للعمل .

ووفقا لذات المبادئ نزهت المحكمة (70) لعدم دستورية نص المادة ٤٠ من قانون التأمين الاجتماعى.

ونرى أن الأساس الذى قام عليه الحكمان المذكوران يصلح للقضاء بعدم دستورية المادة الثالثة من القانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٨٧ سالف الذكر، إذ إن الزيادة التى قررتها تلك المادة وإن كانت زيادة قانونية إلا أنها فى حقيقتها وجوهرها مقابلا مشروعا للعمل وأداء العمل هو سبب استحقاقها، فلا يجوز منع منحها لاستحقاق العامل زيادة فى معاشه والتى لها سبب آخر مختلف تماما .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن مقتضى مبدأ المساواة المنصوص عليه بالمادة (٤٠) من الدستور عدم جواز حرمان العامل من العلاوة بكاملها لمجرد استحقاقه زيادة فى المعاش، إذ إن هذه الزيادة الأخيرة لا تخل بالمركز القانونى المتساوى والمتكافئ بين العامل العادى وزميله الذى يتقاضى معاشا عسكريا والذى يقتضى عدم جواز التمييز والتفرقة بينهما .

المطلب الثاني

المادة (٢/١٠٦) من القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن التأمين الاجتماعي

يتشدد قانون التأمين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ في الشروط اللازمة توافرها لاستحقاق الزوج لمعاش زوجته بعكس الحال في استحقاق الزوجة لمعاش زوجها، فيشترط ذلك القانون في المادة (٢/١٠٦) لاستحقاق الزوج أن يكون الزوج عاجزا عن الكسب وفقا للبيانات المقدمة بطلب صرف المعاش على أن يؤيد ذلك إقرارا من الهيئة العامة للتأمين الصحي.

ويرى رأي⁽⁷¹⁾. أن هذا الاختلاف له أساسه الدستوري حيث ينص الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، والمعاش في حكم النفقة في الشريعة الإسلامية، ومن ثم لا يجب على الزوجة للزوج كقاعدة عامة ماله يكن عاجزا عن الكسب.

ونرى عدم صحة الرأي الأنف إذ قياس المعاش بالنفقة قياس مع الفارق إذ المعاش - وحسبما يرى الأستاذ الدكتور محمد مرغني⁽⁷²⁾ - مدخر عن طريق عمل تعاقدى على مدى الحياة تستقطعه الدولة شهرا بشهر حتى يرد عند الحاجة اليه، ومن ثم فإن استغلاله يمد الدولة بدخل طيب ولايسترده صاحبه إلا عن حق وعدل ومن ماله المدخر وليس من مال الدولة.

ومقتضى مبدأ المساواة عدم التمييز بين الرجل والمرأة حيث خرج كلاهما إلى العمل، ويدفعان قيمة الاشتراك (التأمين) ومن ثم لاسوغ لأن يعامل اشتراك الرجل معاملة تختلف عن اشتراك المرأة⁽⁷³⁾.

هوامش الباب الخامس

- (1) راجع المادة الخامسة من الدستور الأمريكي .
- (2) راجع في ذلك الخطاب الموجه من جيفرسون إلى ماديسون، Jan. 30, 1787, in *The Portable Thomas Jefferson*, 1975, p. 416-417.
- (3) ينص التعديل (١١) من الدستور على أنه « لن تفسر السلطة القضائية للولايات المتحدة على نحو يجعلها تتسع لأي دعوى خاصة بالقانون أو العدل ، بدئت أو رفعت ضد واحدة من الولايات المتحدة ، بواسطة مواطني ولاية أخرى ، أو بواسطة مواطني أو رعايا أي دولة أجنبية .
- (4) راجع القضية في 2 Dallas 419 (1793)
- (5) ينص التعديل الرابع عشر في فقرته الأولى على أن « جميع الأشخاص الذين يولدون في الولايات المتحدة أو يتجنسون بجنسيتها ويخضعون لسلطانها يُعتبرون مواطنين للولايات المتحدة وللولاية التي يقيمون فيها . ولا يحق لها أن تحرم أي شخص داخل نطاق سلطانها من المساواة في الحماية أمام القانون .
- (6) راجع القضية في 60 U.S. (19 Howard) 393 (1857)
- (7) ينص التعديل السادس عشر على أن « يكون للكونجرس سلطة فرض وتحصيل الضرائب على الدخل ، مهما كان مصدره ، دون توزيع نسبي بين الولايات المختلفة ، ودون مراعاة لأي إحصاء أو تعداد .
- (8) راجع القضية في 158 U.S. 601 (1895)
- (9) ينص التعديل السادس والعشرون على أنه :
الفقرة الأولى: إن حق مواطني الولايات المتحدة الذين في سن الثامنة عشرة وما فوق للانتخاب سوف لا ينكر أو ينتقص من جانب الولايات المتحدة أو أي ولاية بسبب السن .
الفقرة الثانية: يكون للكونجرس سلطة تنفيذ هذه المادة بواسطة التشريع اللازم .
- (10) راجع الحكم في : 400 US 112 (1970)
- (11) راجع في التفاصيل Christopher E. Smith, *Politics in Constitutional Law*, Nelson - Hall Publishers, Chicago, 1992, p139 .
- (12) راجع القضية في : 1095 S.Ct. 2533 (1989).
- (13) راجع القضية في : 110.S. Ct. 2404 (1990)
- (14) راجع قضية: Ex parte Mc Cardle, 74 U.S. (7 wall). 506 (1869).
- (15) أمر الإحضار يكلف الموجه إليه بالمبادرة إلى تقديم الشخص المحبوس لديه مع بيانات تاريخ جسده والأسباب الداعية إلى ذلك ، بهدف حماية حرية الأفراد والحيلولة دون جميع ضروب الاعتقال غير المشروع ويوجد أصله في القانون الإنجليزي حيث يسمى هناك أمر الحرية العظيم (The great right of liberty)†
- راجع جارت سليمان الفاروقي ، المعجم القانوني ، الطبعة الثالثة ، مكتبة لبنان ، ١٩٩١ .
- (16) راجع : Van Alstyne, A Critical Guide to Ex Parte McCardle, 15 Ariz L. Rev. 229 (1973)
- (17) راجع القضية في : 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872).
- (18) تقول المحكمة في القضية الآتية حرفياً :
"It was inconsistent with the separation of powers ..."
- راجع في استعراض القضية وفي سحب السلطة القضائية الاستثنائية: Geoffrey R. Stone and others, *Constitutional Law*, Op. cit.p. 77-82.
- (19) (مقارب لما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن مبدأ تفريد العقوبة، بعدم دستورية كل نص تحاول به السلطة التشريعية أن تخل بالحقوق المرتبطة عقلاً بالوظيفة القضائية .
- راجع الدعوى رقم ٢٧ لسنة ١٥ ق « دستورية» جلسة ٢٥ / ٨ / ١٩٩٦ ، وما ذكرناه بهذه الرسالة حول مبدأ تفريد العقوبة بالباب التحليلي منها .
- (20) ونص عبارة حرفياً :
The only thing we have to fear is fear itself
Archibald Cox, *Court and The Constitution* , Op. cit, p.145 .s.
- (21) راجع : Schechter Poultry Corp. v United States, 295 U.S. 495 (1935).
- (22) راجع : United States v. Butler, 297, U.S. 1, 68 (1936)
- (23) راجع : Morehead v New York ex rel . Tipaldo 298. U.S. 587 (1936)
- (24) راجع القضية : 298 US. 238 (1936)
- (25) ونص عبارة الرئيس روزفلت حرفياً :
" ...we must take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself. We must find a way to take an appeal from the Supreme Court to the Constitution itself. We want the Supreme Court which will do justice under the Constitution - not over it. "
- راجع في ذلك Donald E. Lively , *Judicial Review and the Consent of the Governed*, Op. cit., p. 9.

- (26) راجع: Archibald Cox, *The Court and The Constitution*, Op.cit, p149- 150.
- (27) راجع: West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).
- (28) راجع في التفاصيل: Archibald Cox, Op. cit. p. 154-155.
- (29) راجع: Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
- (30) راجع في التفاصيل: Jeffrey A. Segal, and Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Op. cit, p. 335 s.
- (31) راجع: Jeffrey A. Segal, and Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Op. cit., p. 344.
- (32) راجع: Mapp v. Ohio 367 U. S. 643 (1961).
- (33) راجع القضيتين على التوالي في 377 U.S. 533 (1964), 376 U.S. I (1964).
- وفي استعراض تفصيلي لهما د / عادل خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية، المرجع السابق، ص ٢٤ - ٢٧ .
- (34) راجع: United States v. Nixon , 418 U.S. 683 (1974).
- (35) من قبيل الاستثناء، على خضوع الكونجرس للمحكمة ، نذكر أن المحكمة قضت بعدم دستورية الفيتو التشريعي سنة ١٩٨٢ ، وكان هذا الحكم يعني أن ممارسة الكونجرس للفيتو التشريعي على مدار خمسين سنة سابقة على الحكم للسيطرة على أعمال السلطة التنفيذية كانت غير دستورية ، ورغم ذلك قرر الكونجرس خلال الخمس سنوات اللاحقة على الحكم حوالي ٤٠ فيتو تشريعي جميعها وقمها الرئيس وصارت قانونا، إضافة إلى استمرار الكونجرس في ممارسة أدوات من السيطرة تتساوى علما مع الفيتو التشريعي .
- راجع في ذلك: Louis Fisher , *Constitutional Structures*, Op. cit , p 546 .
- (36) راجع الحوار من د/ أحمد فتحي سرور بجريدة المصور، العدد ٢٧٧٧، بتاريخ ١٥ / ٢ / ١٩٩٦ .
- (37) راجع في الرد على آراء د/ أحمد فتحي سرور كلا من: الدكتور المستشار / عوض المر - المصور - العدد ٢٧٧٨ بتاريخ ٢٢ / ٢ / ١٩٩٦ ود/ محمد سليم العوا ، الوطن، ٢٥ / ٦ / ١٩٩٦ .
- (38) راجع في تفاصيل تلك الأزمة ص ٢٠٧ وما بعدها من هذه الرسالة .
- (39) راجع: مصطفى أبوزيد فهمي، نحو نقد علمي لقضاء المحكمة الدستورية العليا، جريدة الأهرام، بتاريخ ١٧ / ٦ / ١٩٩٦، ص ١٠ .
- (40) راجع مقالة د/ مصطفى أبوزيد فهمي ، «نعم للمحكمة الدستورية العليا خالفت الدستور والقانون» ، الأهرام ، ١ / ٧ / ١٩٩٦ .
- (41) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٧ لسنة ٩ ق دستورية جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٩٠ ، الجزء الرابع، ص ٢٥٦ .
- (42) رآى د. يحيى الجمل في حديثه لمجلة العربي - الاثنين ١٧ / ٦ / ١٩٩٦ أن موضوع السؤال الذي وجهه د. مصطفى أبوزيد يصلح أن يكون موضوعا لخطبة منبرية أو موضوع لاهتاف وسط طلاب ثائرين ولا يصلح أن يكون سؤالاً في امتحان.
- وقد اجتمع مجلس كلية الحقوق جامعة الإسكندرية بتاريخ الثلاثاء ١١ / ٦ / ١٩٩٦ وقرر إعلان استياء الكلية مما حدث وتأكيد احترامها للمحكمة وسائر الهيئات القضائية في مصر وأن الطريقة التي صيغ بها السؤال لا تعبر على الإطلاق عن موقف الكلية من المحكمة، ولا يتفق مع المنهج العلمي الذي درج عليه أساتذتها في البحث والتأليف والتدريس ووضع أسئلة الامتحان.
- ورأى المستشار / طه أبو الخير أنه لا يسوغ أن يضع د/ مصطفى أبوزيد سؤالاً إيجابياً يفرض على الطالب الأخذ بمفهومه والانسحاق إلى آرائه معين فيه ما فيه من تطاول على هيئة قضائية موقرة ووصمها بالخروج على أحكام الدستور والقانون، وأكد سيادته أن اتهام المحكمة بالولاء لغير دستورها هو اتهام خاطئ ينطوي على جريمة إهانة هيئة قضائية الأمر الذي يثبتها قانون العقوبات - راجع في ذلك المستشار / طه أبو الخير، جريدة الأهرام، الثلاثاء ٢٥ / ٦ / ١٩٩٦ .
- (43) راجع: د. مصطفى أبوزيد، النظام الدستوري المصري ورقابة دستورية القوانين ، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤ ، تقديم وتمهيد صفحة ج - د .
- (44) راجع د/ أحمد كمال أبو المجد ، مقالان بعنوان المحكمة الدستورية وحدود سلطاتها ، جريدة الأهرام ، ٢٦ / ٥ / ١٩٩٧ ، ٢٦ / ٦ / ١٩٩٧ .
- (45) راجع: تحليل أحكام المحكمة في مجال العلاقات الإيجابية ص ١٩٧ وما بعدها من هذه الرسالة.
- (46) راجع: تحليل حكم المحكمة بشأن هذا الأمر في ص ٢٢٢ - ٢٢٤ من هذه الرسالة
- (47) يحمد لرئيسي مجلس الشعب والشورى واللجان المختلفة في المجلسين أنهم جميعا رفضوا - بغير تردد ولا تراخ - وقيل أن يسدل عام ١٩٩٧ استأره، مشروعا غريباً بالغ الخطورة تقدم به أحد أعضاء مجلس الشعب من غير القانونيين ما مقتضاه أنه إذا أعاد مجلس الشعب إصدار القانون المقتضى بعدم دستوريته بالأغلبية العادية صار نافذاً وملزماً ولامعقب عليه.
- (48) راجع تلك الاعتبارات ص ٣٢ - ٣٢١ من هذه الرسالة.
- (49) تنص المادة ٢٨٧ من القانون المدني على أنه :

- ١- لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدعى أو بناء على طلب دافئته أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدعى .
- ٢- ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية .
- (50) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥، جلسة ٨ / ٤ / ١٩٩٥ ، الجزء الخامس ، مجموعة المطابع الأميرية ، ص ٢٢ .
- (51) راجع د/ عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، (٣) ١٩٥٨ ، ص ١٠١٥ .
- (52) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، ملف رقم ٨٦ / ٣ / ١٢١٠ ، جلسة ١٥ / ٦ / ١٩٦٦ ، وفتوى اللجنة الثالثة بقسم الفتوى ، ملف رقم ١٦ / ١ / ١٩٦٣ ، جلسة ١١ / ١١ / ١٩٧٤ ، وفتاواها ، ملف رقم ١٦ / ٢٠ / ١٢٩ ، جلسة ١٢ / ١٢ / ١٩٧٥ .
- (53) راجع في ذات الاتجاه ، التقرير المقدم للمرضى على اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة ، بتاريخ ٢ / ٤ / ١٩٩٠ ، ملف إدارة الفتوى لوزارة الصناعة والتجارة والكهرباء ، رقم ٢ / ٤٣٣ .
- (54) راجع د/ إبراهيم محمد حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، دار الفصيل ، ١٩٩٦ ، ص ٢٦٣ .
- (55) اتجهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أن القانون غير الدستوري لا يعد مانعاً من سريان التقادم وذلك عندما افتت بجلسة ٦ / ٦ / ١٩٩٠ ملف رقم ٧ / ٢ / ١٤٢ بصدد كيفية تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة (٢٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير بيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المأجر والمستأجر فيما تضمنته من استثناء الأماكن المستعملة في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري أو الصناعي أو المهني الخاصة للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على أرباح المهن غير التجارية وذلك بالنسبة إلى تطبيق ما تضمنته المادة (٧) من زيادة الأجرة . إذ انتهت الجمعية صراحة إلى أحقية شركة الشرق للتأمين في الحصول على الزيادة في القيمة الإيجارية المقررة بالمادة (٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المشار إليه على الأماكن التي تؤولها للجهات الحكومية لغير أغراض السكنى اعتباراً من تاريخ تقريرها ، وذلك بمراعاة التقادم الخمسي .
- (56) تنص المادة ٢/٢٧٧ من القانون المدني على أنه :
ويتقادم بثلاث سنوات أيضاً الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق . ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها .
- (57) تنص المادة ١٨٧ من القانون المدني على أنه :
« تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق . راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ١٠٦٩ في ٨ / ١٢ / ١٩٧١ ، الموسوعة الجزء (١١) ، ص ٩٤٣ ، ٩٤٤ .
- (59) فهمت المحكمة الدستورية العليا جيداً الفارق بين الضريبة والرسم فلكنت أن الدستور . مايز بين الضريبة العامة وغيرها من الفرائض المالية ، فنص على أن أولاماً لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغائها إلا بقانون ، وأن ثانيتهما يجوز إنشاؤها في الحدود التي بينها القانون .
- راجع في ذلك المحكمة الدستورية العليا ، الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥ ق دستورية ، جلسة ٨ / ٤ / ١٩٩٥ ، مجموعة المطابع الأميرية ، الجزء الخامس ، ص ١٩ .
- (60) يلاحظ أن الجمعية العمومية رأت أن الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق كاصل عام يتقادم بثلاث سنوات تبدأ من يوم دفع أي من الضرائب والرسوم وذلك دون إخلال بالأحكام الواردة في القوانين الخاصة تطبيقاً للمادة (٢٧٧ / ٢) من القانون المدني ، ورات الجمعية أن القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ يعد من تلك القوانين الخاصة ، والذي نص في مادته الثانية على أن « يبدأ الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير وجه حق من يوم دفعها ، إلا إذا ظهر الحق في طلب الرد بعد إجراءات اتخذتها الجهة التي قامت بالتحويل فيبدأ التقادم من تاريخ إخطار الممول بحقه في الرد بكتاب موصى عليه ، فمن ثم فإن التقادم الذي يبدأ بثلاث سنوات من تاريخ الدفع ينقطع بطلب الرد ولا يبدأ التقادم الثلاثي من جديد في حالة الاعتراف من قبل الجهة الإدارية بالحق في الرد إلا من تاريخ إخطار الطالب بخطاب موصى عليه .
- راجع فتوى الجمعية العمومية بقسمى الفتوى والتشريع ، جلسة ٤ / ٢٠ / ١٩٩٤ ، ملف رقم ٣٧ / ٢٧٩٢ .
- (61) النظرة السائدة في الفقه والقضاء ، الأمريكيين تسير وفقاً لمبادئ معينة تجاه القانون المقضى بعدم دستوريته هي كالتالي

- أ - إن الحكم بعدم الدستورية لا يبطل القانون ولا يلغيه ولا ينشئ أي حالة قانونية جديدة متصلة به .
- ب - إن الحكم يكشف عن حقيقة العمل التشريعي المعروض على المحكمة . فإذا اكتشفت المحكمة أن ذلك العمل يتعارض مع الدستور فعني ذلك أنه لم يكن قانوناً بالمعنى القانوني لهذا الاصطلاح ، حيث أكد أحد الفقهاء ، أن عبارة قانون غير دستوري تنطوي على تناقض منطقي واضح إذ إن عمل السلطة التشريعية إما أن يكون قانوناً فيوصف حتماً بأنه دستوري ، وإما أن يخالف الدستور فلا يكون قانوناً على الإطلاق .
- ج - عبرت المحكمة العليا عن هذا في إحدى القضايا لما قضت بأن التشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانوناً على الإطلاق فهو لا ينشئ حقوقاً ، ولا يربط واجبات ، ولا يمنع حماية ، ولا ينشئ ، وتلغى وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماماً إذ أنه لم يصدر أصلاً .
- ج - هذا الأمر الرجعي لا يمكن مع ذلك التسليم به على الإطلاق إذ لا يخفى أن القضاء على كافة الحقوق والواجبات الناشئة في ظل القانون قبل القضاء بعدم دستوريته قد يكون له من الأضرار المالية والمعنوية ويسبب من الإشكالات

القانونية أضعاف ما قد يؤدي إليه الإبقاء عليه، وهذا ما أكدت المحكمة العليا في حكم لها صدر سنة ١٩٤٠ حيث قضت أن « الوجود المادي للقانون قبل أن يقضى بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها ، وليس من الحكمة في كثير من الأحوال أن تسدل المحكمة على الماضي ستارا من النسيان وإنك يجب أن يعاد النظر في أثر القضاء بعدم دستورية القانون على كثير من الأوضاع والعلاقات التي نشأت في ظله ».

وقد لجأ القضاء في سبيل الاعتراف بالأثار القانونية المترتبة على ذلك الوجود المادي للقانون إلى وسائل قانونية شبيهة بتلك النظريات المعروفة في فقه القانون العام ومنها نظرية الموظف الفعلي .

راجع في التفاصيل د/ عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مطبعة الفيصل ، الكويت ، ١٩٩٥ ، ص ٢٢٤ - ٢٢٧ .

(62) في ذات الاتجاه / وهيب عياد سلامة ، أسلوب إصدار المحكمة للدستورية العليا لأحكامها ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ٣٦ .

(63) من أمثلة ذلك ما قضت به محكمة ما أن « أبعاد العلاقة بين التصوص الدستورية ، وربطها ببعض ، كثيرا ما ترشح لحقوق لا نص عليها ، ولا يكون ذلك إلا من خلال فهم أعمق للحقوق المنصوص عليه تقصيا لمراميها ، واستمضاء ما وراءها من القيم التي احتضنتها للدستور » راجع الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٨ / ٢ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٥٦٨ .

(64) راجع حكم محكمة الدستورية العليا في الطلب رقم ٢ لسنة ١٢ ق « طلبات أعضاء » ، الجزء الخامس ، المجلد الثاني ، ص ٤٠٤ .

(65) د/ وهيب عياد سلامة ، أسلوب إصدار المحكمة للدستورية العليا لأحكامها ، المرجع السابق ص ٤٦ .

(66) راجع : . United States v. Darby , 312 U.S. 100 (1941)

(67) راجع في تأكيد ذلك : . Katznbach v. United States , 379 U.S. 241 (1964) ،
McClung , 379 U.S. 294 (1964) .

(68) راجع الدعوى رقم ٦ لسنة ١٢ ق دستورية ، جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٩٢ .

(69) راجع الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٦ ق دستورية ، جلسة ١٨ / ٢ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٥٦ .

(70) راجع فتوى الجمعية العمومية لاسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٩٦/٥/٨ ، ملف رقم ٨٦ / ٤ / ١٣١٢ ، وهو ما سبق أن انتهت إليه اللجنة الثالثة للفتوى بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٩٢/٤/٢٦ ، ملف رقم ١٧ / ١ / ١٤٠٦ .

(71) راجع الدعوى رقم ٢ لسنة ١٦ ق « دستورية » ، جلسة ١٤ / ٢ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٥٢٦ .

(72) تنص المادة (٤٠) من قانون التأمين الاجتماعي بأنه « إذا عاد صاحب المعاش إلى عمل يخضعه لأحكام هذا التأمين . يوقف صرف معاشه اعتبارا من أول الشهر التالي ، وذلك حتى تاريخ بلوغه السن المنصوص عليها بالبند ١ من المادة ١٨ » راجع بصدد تلك المادة :

الدعوى رقم ١٦ لسنة ١٥ ق « دستورية » ، جلسة ١٤ / ١ / ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٤٩٤ ،
والدعوى رقم ٥٢ لسنة ١٨ ق « دستورية » ، جلسة ٧ / ٦ / ١٩٩٧ .

(73) راجع محمد عطية أحمد ، تحقيق المعاش الضائع ، جريدة الأهرام ، ١٩٩٧/٤/١٧ ، ص ٣ .

(74) د/ محمد مرغني خيرى ، المرجع السابق .

(75) في ذات الاتجاه ، د/ عائشة راتب ، المرجع السابق .

الباب الختامي

مدى إمكانية الاستفادة
من التجربة الأمريكية
والتوصيات الختامية

تقسيم:

إن التجربة الأمريكية عتيقة في العمر والتجربة المصرية حديثة العهد، والقاعدة أن الصغير يتعلم من تجارب الكبير، لذا فقد رأينا أن نخصص هذا الباب للدروس المستفادة من التجربة الأمريكية وهو الأمر الذي يستلزم بداية دراسة الدور الدستوري للمحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا المصرية.

وعلى هذا ستكون دراستنا في هذا الباب على النحو التالي:

الفصل الأول: الدور الدستوري للمحكمة العليا الأمريكية.

الفصل الثاني: الدور الدستوري لمحكمة الدستورية وبعض الدروس المستفادة من التجربة الأمريكية.

الفصل الثالث : التوصيات الختامية.

الفصل الأول

الدور الدستوري للمحكمة العليا الأمريكية

هناك آراء ونظريات عديدة قدمت لتوضيح حقيقة الدور الدستوري للمحكمة العليا الأمريكية سوف نذكرها في المبحث الأول وفي المبحث الثاني سوف نوضح رأينا في الموضوع.

المبحث الأول

النظريات المختلفة حول الدور الدستوري للمحكمة العليا

١- نظرية Dahl:

قدم هذه النظرية السيد روبرت دال^(١) أول مرة في الخمسينات وأصبحت هي وجهة نظر الديمقراطيين وجمع من الفقهاء .

وتقوم النظرية على أساس أن المحكمة العليا هي كيان سياسي يمنح الشرعية للتفسيرات الدستورية التي تقرها الأغلبية ، وتعرض شرعية المحكمة العليا ووجودها لخطر كبير عندما تعارض صراحة سياسة الأغلبية ، والتي من النادر أن تستطيع معارضتها لفترة طويلة .

والمحكمة العليا مثلها مثل أي لجنة داخل الكونجرس لا تستطيع أن تتجاهل السياسة السائدة داخله . وعادة ما تراعى المحكمة العليا القيام بالدور السالف عدا بعض المراحل الانتقالية التي تنقّت فيها الأغلبية الحاكمة ، وتنشأ جبهة جديدة أقوى منها تحاول الوصول إلى سدة الحكم .

ومع ذلك فالمحكمة العليا ليست وكالة تابعة بالمعنى الدقيق للأغلبية الحاكمة ولا هي في ذات الوقت مستقلة تمام الاستقلال عنه ، لذا فهي عندما تقضى بعدم الدستورية فذلك يكون فحسب عندما يدعوها التشريع لذلك حالة ضعفه وانطوائه على سياسة قليلة الأهمية .

وإذا حاولت المحكمة العليا الخروج على النمط السالف فإن ذلك يمكن أن يؤدي إلى أزمات

وكوارث عنيفة مثلما حدث في قضية العبد درد سكوت وفي فترة سياسة المعاملة الجديدة .

وهكذا فإن المحكمة العليا ليست ذات استقلال أو دور إيجابي مؤثر حقيقة في المجتمع ، إذ لا يمكن الوثوق في محكمة من تسعة قضاة دائمين قد تسيء لما تقررته الأغلبية .

ويضيف دال أن تحليل تاريخ المحكمة يؤكد أنها لم تقف مع حقوق الضعفاء أكثر مما وقف الكونجرس ، إذ لوحظ أن المحكمة استطاعت أن تؤخر السياسة الكونجرسية في بعض الأمور لفترات تصل إلى خمسة وعشرين سنة ، وكان ذلك في حقيقته إنكاراً لحقوق الضعفاء الأساسية في المجتمع باستخدام التعديلات الخامس والثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر للحفاظ على حقوق وحريات جماعات متميزة نسبياً على حساب الجماعة الضعيفة، مثل تمييز مصلحة ملاك العبيد على العبيد أنفسهم أى البيض على الزنوج ، وأصحاب الأعمال على العمال ، وكانت المحكمة العليا في الأحكام الأنفة مستقلة بمعنى استقلالها حقيقة عن الخط الديمقراطي الذي يعتد برغبة الأغلبية .

وأكد دال أنه لا حاجة في النظام الدستوري الأمريكي لمحكمة عليا قوية ، إذ ثبت أن المحكمة العليا تاريخياً كانت ضعيفة في نزاعها مع الأغلبية المنتخبة في معظم الفترات ، ومن ثم لا حاجة لمحكمة تعلق على إرادة ممثلي الشعب .

ويعترض سيادته على من يدعى بأن المحكمة العليا كيان قانوني فحسب وأنها ليست مؤسسة سياسية، إذ ثبت تاريخياً خروج تلك المحكمة عن المعايير القانونية التي تجدها في سوابقها وفي القيم الأساسية الدستورية ، خاصة في القضايا الهامة (2).

٢ - نظرية Gerald Rosenberg

يرى سيادته أن المحكمة العليا غير مستقلة عن النظام السياسي والاجتماعي ، ولا يمكن إحداث التغيير الاجتماعي عن طريق المحكمة إلا بتوافر الشروط الآتية :

أ - سوابق غزيرة

ب - مساندة تشريعية أو تنفيذية

ج - مساندة شعبية.

د - معارضة ضعيفة

هـ - إمكانية تطبيق أحكام المحكمة العليا عملياً .

ويرى هذا الفقيه أن أحكام المحكمة العليا ليست ضرورية ولا مؤثرة لإحداث التغيير الاجتماعي ، وينطبق ذلك على القضايا الشهيرة التي يعتقد خطأً إحداثها لتغيير اجتماعي، مثل قضية براون مثلاً إذ لم تخلق المحكمة بهذه القضية حقوقاً مدنية تنهى التفرقة العنصرية ، وفي قضية Roe الخاصة بالإجهاض فإنه التغيير الاجتماعي حدث لتوافر الشروط الأنفة اللازمة للتغيير عن طريق المحكمة، كما أن أحكام محكمة بيرجر المتعلقة بالحماية المتساوية لم تحقق سوى دعم ضعيف لنور المرأة في المجتمع . ولم ير هذا الفقيه المحكمة العليا ككيان يعمل ضد رغبة الأغلبية ، أو كمؤسسة تضع الحدود والتعاريف اللازمة للحقوق الشخصية والحقوق العامة المتعلقة بنظام الحكم ، ولكن آمن بأن التغيير الاجتماعي يتركز إيمان حدوثه في أعمال الفرعين التشريعي والتنفيذي المنتخبين من قبل الشعب، وفي درجة تنظيم وقوة المعارضة المقاومة للتغيير ولا يتركز أبداً في المحكمة العليا .

٢ - نظرية Mark Graber

يؤكد سيادته أن السياسة القضائية للمحكمة العليا نادراً ما تكون مستقلة عدا عدد محدود من الاستثناءات وذلك مرجعه إلى أن القضاة يرشحهم الرئيس ويؤكد ترشيحهم مجلس الشيوخ ، وهما منتخبان من الشعب ، ومن ثم ينتظر من القضاة أن يؤيدوا سياسة من عيνοهم ، كما أن حل النزاعات الاجتماعية أيضاً - عدا بعض الحالات الاستثنائية - يكون عن طريق المنتخبين من قبل الشعب وليس عن طريق المحكمة العليا المعين قضاتها . ويرى هذا الفقيه أن دور المحكمة يظهر فحسب بالنسبة للمسائل التي تكون فيها الأغلبية الوطنية غير قادرة على تسوية النزاع أولاً تريد الفصل فيه ، وهكذا فإن رقابة الدستورية لا تمثل في حقيقتها تعارضاً مع إرادة الأغلبية ، ولكنها تكون عندما لا توجد تلك الأغلبية حال اختلافها فيما بينها .

ويتفق مع النظريتين السالفتين عليه في أن المحكمة العليا كيان سياسي، إلا أنه يرى أن رقابة الدستورية لا تكون إلا في الأمور الخلافية مثل الإجهاض والعنصرية والتي يرغب القادة السياسيون في حسمها بعيداً عن النظام السياسي وعن طريق المحكمة لعدم وجود أغلبية واضحة، فإن ميزت المحكمة تلك الأغلبية فإنها تسير وفق هواها ، وعادة لاتقضى المحكمة بعدم الدستورية إلا عندما يصلها موافقة صريحة أَوْضَمْنِيهِ من الفرعين المنتخبين الآخرين .

وهكذا يخلص إلى أن المحكمة العليا تمثل صمام الأمان "safety valve" للمجتمع لأنها تحدث التوازن في النظام السياسي بقريرها ما لا يرغب القادة السياسيون في تقريره من سياسات .

٤ - نظرية Martin Shapiro

يتفق سيادته مع دال في أن المحكمة العليا يجب رؤيتها كمؤسسة سياسية وليست قانونية ، إذ يمزج القضاة الأفكار المختلفة ليستخلصوا منها ما يؤيد موقفهم السياسي، وهم يتعرضون لفحص أمور غير واضحة الحل ويحددون سياستهم التي سيتجهون إليها ، ويلبسونها ثوباً قانونياً في إطار من استخدام مبادئ نظام الحكم والحقوق الشخصية الدستورية ، وهم مثل الساسة يفكرون في المسائل السياسية الكبيرة التي تواجه الأمة وتتعرض لها المحكمة ويبنون أحكامهم استناداً إلى الوقائع الماثلة ورؤيتهم عن الخير العام والحياة الفاضلة أكثر من اعتمادهم على التحليل القانوني⁽³⁾ .

المبحث الثاني

رأينا حول « تقييم أداء المحكمة العليا الأمريكية »

إذا كان لنا أن ندلي برأى في هذا الموضوع فلا جدال في وجود نوع كبير من المبالغة فيما قررته النظريات المذكورة حول حقيقة الدور الدستوري للمحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية.

ولا نجد مثلاً يوضح الأمر خير مما قررته المحكمة العليا في قضية Casey⁽⁴⁾ سنة ١٩٩٢ إذ فيها استندت المحكمة إلى ، القيم المتعلقة بالحقوق الشخصية المتمثلة في الالتزام بحرية المرأة في اختيار الإجهاض ، والقواعد المتعلقة بتنظيم الحكومة والمتمثلة في الالتزام بالسوابق القضائية ، واستقلال المحكمة عن الأغلبية القائمة في النظام السياسي، ولم تكثرث بكونها بهذا الحكم تعد مؤسسة متعارضة مع الأغلبية في النظام الدستوري الأمريكي إذ أمنت بأن الأمر يقوم على الفحص والتوازن بين السلطات "Checks and Balances" .

وهكذا مزج هذا الحكم بين المبادئ المتعلقة بحقوق الأشخاص ومبادئ نظام الحكومة .

ويظهر من الحكم الآنف أن المحكمة لا تتأثر بمسألة الانتخاب ، إذ إن إدارتي ريجان وبوش كانتا ترغبان في العلول عما سبق أن قرره المحكمة في سابقة Roe سنة ١٩٧٣ المتعلقة بإباحة الإجهاض ، ورغم ذلك فإن رأى أغلبية المحكمة انطوى على توبيخ لإدارة الرئيس بوش لمحاولتها إلغاء حق الإجهاض، واشترك في الأغلبية كلا من القاضية ساندرا والقاضيين سويتير وكيندى وهم المعينون من قبل الإدارتين السالفتين ، وهكذا خيب القضاة أمل الرئيسين المعينين لهم، وهذا يخالف ما قرره الفقيه Graber .

وإذا كان Shapiro يؤكد أن القضاة يبنون أحكامهم استناداً إلى قيمهم الشخصية فإن رأى الأغلبية في القضية المذكورة أكد على أنه وإن كان بعض القضاة شخصياً يرون أن الإجهاض ينتهك قيمهم الأساسية إلا أن ذلك لا تأثير له على الحكم إذ إن التزام القضاة هو تعريف الحرية للجميع وليس إلزام بقيم القضاة الخاصة (٥) ، وهكذا انتهت المحكمة إلى الالتزام بسابقة Roe .

ويظهر من هذا الحكم كيفية التزام المحكمة بمبدأ هام من مبادئ نظام الحكومة وهو السوابق بوصفها مصدر هام لشرعية المحكمة في ظل نظام الفحص والتوازن ، وهكذا خالفت المحكمة وجهات نظر الفقهاء الأربعة سالفة الذكر بل إن القضاة أوكسر وسويتير وكيندى وضعوا قواعد جديدة للحالات التي يجب العدول فيها عن السابقة ، وهي أى من الحالات الآتية:

- ١ - عدم العمل بالسابقة من الناحية الواقعية .
- ٢ - تسبب السابقة في إحداث عدم مساواة .
- ٣ - تسبب السابقة في حدوث إضرار بالاستقرار الاجتماعي .
- ٤ - هجر السابقة من قبل المجتمع .
- ٥ - الاعتماد في السابقة أساساً على افتراض واقعى تغير ولم يعد له محل .

وبتطبيق ما سلف على سابقة Roe اكتشفت الأغلبية تخلف أى من الحالات المذكورة الموجبة لإلغاء السابقة .

والأكثر أهمية من مجرد الالتزام بالسابقة فيما يتعلق بمبادئ تنظيم الحكومة تأكيد المحكمة على ضرورة استقلالها عن الأفرع السياسية للحكومة.

وفى رأى مؤيد للقاضى بلاكمان أوضح أنه منذ تشكيل الدستور وقد أدركت الأمة أن هناك حريات محددة لا يجب تركها لإرادة المنتخبين ، ومن ثم يجب أن تكون المحكمة مؤسسة مستقلة عن إرادة الأغلبية بما يسمح لها بعدم الانزلاق نحو رغبة الأغلبية أو حتى نحو القيم الشخصية للقضاة ، فضلاً عن أن المحكمة لا يجوز لها أن تتبع رأى الصفوة السياسية ، وأضاف بلاكمان بأن ما حدث فى حكم اليوم «يقصد حكم "Casey" يمثل نموذجاً يجب على قضاة المستقبل الحزن نحوه ، ويعد تحذيراً لكل من تسول له نفسه أن يحاول التغيير من اتجاه المحكمة لصالح فرع سياسى (٦) .

ويظهر من القضية السالفة أن أغلبية المحكمة يؤمنون تمام الإيمان بمبادئ نظام الحكومة والتي تتمثل فى الالتزام بالسوابق واستقلال المحكمة عن السياسيين والاهتمام بشرعية المحكمة فى ظل نظام فصل السلطات ، بينما توجد أقلية بها تؤمن بقدرة الأغلبية السياسية على حل الأسئلة المتعلقة

بالحقوق الشخصية ومن ثم تكون تلك الأقلية أكثر تقبلا للعدول عن السوابق .

ويلاحظ على الحكم الأنف أن مبادئ الحقوق الشخصية ومنها حق الخصوصية غير ثابتة وتتطور تدريجيا، وأعطت الأغلبية في تلك السابقة أهمية أكبر لهذا الحق ، ويظهر ذلك من تركيز المحكمة على أمور جديدة ، لم تذكر في قضايا الإجهاض⁽⁷⁾ السابقة مثل التركيز على حق المرأة في الاستقلال المادى وفي الإجهاض كاختيار إنساني ، إذ لا بد من تمكين المرأة من حرية السيطرة على حملها حتى تستطيع أن تشارك بفعالية متساوية مع الرجل في الاقتصاد والحياة السياسية.

وهكذا أسست المحكمة قضاها على أساس من حق المرأة في الاستقلال المادى والاختيار الإنسانى والمساواة ، ومن ثم يبدو واضحا خطأ وجهة نظر Dahl و Graber من أن المحكمة يكون لها تأثير ضئيل على المجتمع ما لم تتبع رغبات الأغلبية .

ولا ينال ما سلف ذكره من أن على المحكمة أن تسعى لاكتساب الرضا الشعبى عن أحكامها رغم أن الأغلبية وقت صدور الحكم قد لا تتفق مع اتجاهات المحكمة ، وذلك مرجعه إلى أن الرضا الشعبى هو مصدر الشرعية الحقيقى للمحكمة .

ويتحقق هذا الرضا الشعبى إلى حد كبير - ولو بعد فترة - عن طريق وضوح وسلاسة أحكام المحكمة بحيث يقدر على فهمها المواطن العادى.

وقد راعت المحكمة العليا فى بواكير عهدها ذلك وأيضاً فى القرن⁽⁸⁾ العشرين⁽⁹⁾ إلا أنه فى العقود الثلاثة الأخيرة تغير هذا النهج نحو الصعوبة⁽¹⁰⁾، واستخدام المعايير الفنية والكثير من الاستشهاد والاقتباس الذى ربما يؤدي إلى إثقال الفهم على الرجل العادى غير المتخصص فى القانون، وهو الأمر الذى يمنع تحقيق الحوار بين المحكمة والشعب ومن ثم يصعب تحقق الرضا الشعبى عن الأحكام ، كما أن ذلك يعيق تنفيذها .

وعلى المحكمة كحد أدنى أن تحاول الوصول إلى فهم الرجل المثقف وليس فهم رجل القانون ، وهذا الأمر هام جداً على الأخص بالنسبة للمسائل المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الشخصية مثل الإجهاض، والإجراءات الجنائية ، والدين .. الخ، ويقول شأنه بالنسبة لمسائل المادة (٢) من الدستور المتعلقة بالاختصاص القضائى أو التجارة بين الولايات أى بتلك المسائل البعيدة عن الحريات والحقوق الشخصية .

ويفسر سهولة الأحكام القديمة وصعوبة الأحكام الحديثة أن وثيقة الحقوق انطوت على عبارات واسعة فضفاضة غير محددة تحديدا دقيقا مما أدى إلى الخلاف حول معانيها حتى بين القضاة أنفسهم، لدرجة أن آراء قضاة المحكمة فى بعض القضايا التى تنشر فى المجموعة المعروفة باسم⁽¹¹⁾ U.S Reports أخذت فى بعض القضايا مئات⁽¹²⁾ الصفحات مما أثار اضطرابا قانونيا واضحا ، إذ أصبح من الصعب فهم الحكم وكذا سلوك المحكمة المستقبلى .

وفى عهد محكمة مارشال كانت الأحكام واضحة لطبيعة شخصيته التى ساهمت فى ذلك ، وطبيعة القضاة التى كانت تميل إلى الإجماع ، إضافة إلى أن قضايا القرن الأول - بل القضايا التى امتدت على مدار مائة وخمسة وعشرين عاما الأولى - كانت تتعلق أساسا بصلب الوثيقة الدستورية ، والذى يتميز بوضوح اللغة ، وكانت قضايا وثيقة الحقوق نادرة فلم تزد عن عشرين قضية .

وفى القرن العشرين ومع النهضة التقنية والثقافية وتداخل الاحتجاجات تزايدت بشدة قضايا وثيقة

الحقوق لدرجة أن قاضيا مثل برين شارك في حوالي ٣٠٠ قضية تتعلق بالتعديل الأول فقط .

هذا ومع تزايد ثقل القضايا المتعلقة بحق الخصوصية وغيره من الحقوق غير المباشرة رأى البعض أن على المحكمة أن تترك الأمر للفرعين المنتخبين لصالح الأمة.

ووصل الغلو لدى البعض إلى التقرير بأن حكم المحكمة في قضية براون سنة ١٩٥٤ ألغى ومحا جميع المنافع التي يمكن الحصول عليها من الحكم بمنع التفرقة ، وأن هذا الحكم رغم الإجماع فيه والذي لم يستغرق في أسبابه سوى أربع عشرة صفحة كان في حقيقته مراوغة في علاج الأمر - ولعله يمكن الدفاع عن موقف المحكمة في هذه القضية بالذات بأنها وإن كانت قد فرضت تدرجاً متوازناً في علاج الأمر، فربما لأنها لم ترد أن تكشف السياسيين الذين فرضوا التفرقة طوال الفترة الماضية، وربما لأنها لم تستطع أن تهرب من السابقة التي قررتها في قضية **Korematsu v. United States** ، والتي كانت قد أيدت فيها نوعاً من التفرقة ضد اليابانيين في أمريكا أثناء الحرب العالمية الثانية وبالقسط فإن أفضل دفاع عن المحكمة في هذه القضية بالذات هو أنها فهمت حقيقة المجتمع الأمريكي والذي يجب ويحترم الدستور طالما أنه لا يقتحم آراءه المسبقة وعواطفه ، ومن ثم كان لابد من التدرج في الأمر حتى يكتسب أرضية لدى عقول الأمريكيين^(١٣).

ونرى أن الحكم الأصلي في قضية براون سنة ١٩٥٤ والذي قررت فيه المحكمة أنه « لا موضع في مجال التعليم العام لتطبيق فكرة الفصل مع المساواة، ذلك أن مجرد الفصل بين البيض والزوج يؤدي بذاته إلى انتفاء المساواة بينهم ويتعارض مع مبدأ المساواة في الحماية القانونية المذكورة في التعديل الرابع عشر» هو حكم رائع و متميز لخلوه من الاقتباس والاستشهاد والتلاعب بالألفاظ، ونرى أنه خاطب الجنوبي المفتتح خاصة والشعب عامة بدلا من أن يهتم بمخاطبة رجال القانون ، ومن ثم كان الحكم نموذجيا في سعيه لاكتساب الرضا الشعبي .

ويمثل الحكم التكميلي سنة ١٩٥٥ دربا على ذات النهج واستمرارا في رغبة اكتساب الرضا الشعبي تدريجيا وفهما لحدود المقاومة المحتملة للحكم من قبل الشعب والتنفيذيين وخاصة في الجنوب

وإذا كان الحكم التكميلي قد اكتنفه بعض الغموض فقد كان ذلك لازما لتحقيق الإجماع أيضا منعا من اختلاف القضاة ، وإدراك المحكمة لحقيقة الوضع الهائج المحيط بها.

وغموض الأحكام قليلا ما يكون محبوبا وكثيراً ما يكون مذموماً .

والغموض المحبوب يكون عندما تكون الصراحة مؤدية لنتائج سيئة وعكسية ومن ثم لا يجب أن يخرج الأمر عن طور الاستثناء لا القاعدة الأصلية .

فلا يطلب مثلا من المحكمة أن تكون صريحة في قضية براون وتعترف بأن ما دفعها إلى التدرج هو وجود مقاومة مؤكدة للحكم إذ لوحدث ذلك لزداد من صلابة المقاومة وقوى من موقفها .

ولا يطلب من المحكمة أن تكون صريحة في قضية فضيحة ووتر جيت لتعترف بأنها ما قضت ضد المزايا الرئاسية التي تمسك بها نيكسون إلا لأنها تشكل في نزاهته وفي إساءة استخدامه لها، إذ لو أقرت المحكمة بذلك لكانت قد أخلت بالاحترام الكافي للرئيس وتكون قد قضت في الاتهام الجنائي الذي كان يمكن تحريكه ضده.

ويأتى الغموض فى بعض الأحيان كنتيجة لازمة لبناء الأغلبية الضرورية لإصدار الحكم ، إذ يحاول القضاة الوصول إلى أرضية مشتركة للتغلب على خلافاتهم ولتشكيل رأى للأغلبية مما يؤدى فى بعض الأحيان إلى إصدار حكم غامض يخفى هذا الخلاف ، وهنا نفضل أن يكون رأى الأغلبية مكونا من أراء متوافقة أى تختلف فى الأسباب رغم اتفاقها فى النتيجة، عن أن يصدر حكم غامض.

ولو أمن القضاة بتلك الوجهة من النظر ، فقد يؤدى انفراد كل منهم بمحاولة كتابة أسباب رأيه الموافق إلى اتفاقهم بعد ذلك ، إذ إن محاولة تثبيت وجهات النظر كتابة توضح الأمور وتقرب من تلك الوجهات .

وعلى القضاة أن يتجنبوا النقد اللاذع⁽¹⁴⁾ لأراء بعضهم البعض والتهويل والمبالغة الذى يخفى وراءه انتماءات حزبية متعارضة ، إذ ينال ذلك من سمعة المحكمة ومكانتها، وقد يستغل فى الهجوم على المحكمة كما حدث أيام روزفلت، وإذا كان التهويل والمبالغة لا يخدع القارئ الخبير إلا أنه يؤثر جدا على المواطن العادى الذى من المفترض أن المحكمة تكتب له .

ورغم كل الملاحظات الآتية فلا زال دور المحكمة العليا الأمريكية فى المخطط الدستورى شديد الأهمية ولا ينكره إلا جاحد .

الفصل الثاني

الدور الدستوري لمحكمةنا الدستورية وبعض الدروس المستفادة من التجربة الأمريكية المبحث الأول

الدور الدستوري لمحكمةنا الدستورية

ركزنا في خلال دراستنا الأنفة على محكمة التسعينات في مصر وهي الفترة التي رأس المحكمة في أغلبها المستشار الدكتور/ عوض المر⁽¹⁵⁾، والتي شهدت أكثر فترات القضاء الدستوري نشاطا في مصر لتوغل المحكمة في العديد من المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية دون إفراط أو تفريط . فقد أصدرت المحكمة أحكاما متعددة في مجال مباشرة الحقوق السياسية ترتب عليها حل المجالس التمثيلية المشكلة طبقا لنصوص قضت المحكمة بعدم دستورتها .

وعمقت المحكمة من مبدأ المساواة أمام القانون فأصبح لا يجوز التفرقة بين الأشخاص نوى المراكز القانونية المتكافئة.

وأعلنت المحكمة عن الضمانات الخاصة للأفراد في المجال الجنائي، والضمانات المتعلقة بحماية ممتلكات الأفراد .

وأوضحت المحكمة مفهوم الضرائب العامة وقضت بعدم دستورية العديد من النصوص التي فرضت الضريبة بالمخالفة لأحكام الدستور ، وحددت المحكمة مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية التي اعتبرها الدستور في المادة الثانية منه المصدر الرئيسي للتشريع.

وحمت المحكمة حقوقاً أخرى كثيرة كالحق في العمل والزواج وتكوين الأسرة والتعليم وحماية الحرية الشخصية... إلخ⁽¹⁶⁾.

وفى تدعيم المحكمة لحقوق الإنسان أمنت بأن مصر عضو عامل فى المجتمع الدولى، وما يطبق من قواعد قانونية بتعين ألا يكون غريبا عن المستويات المستقرة فى الديمقراطيات المتحضرة ، وأدى ذلك الفكر المتحرر إلى أن تعلى المحكمة من شأن العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان ، وأن تطلب الالتزام بأحكامها التى تعكس حدوداً للحماية تعارفت الأمم المتحضرة على ضرورة التقيد بها .

وقد ابتكرت المحكمة ممارسات جديدة فى الأداء القضائى على نحو ما ظهر فى هذه الرسالة أثرى الفكر القانونى ، وباطبع فإن المجال لم يتسع لاستعراض كل هذه الممارسات ، ولقد كان لانفتاح المحكمة على مدارس الفكر الأجنبى أثره الملموس فى الارتقاء بمستوى الفكر القانونى والقضائى فى البلاد .

وقد تضمن حكم المحكمة إضافة إلى الجانب العلاجى جانباً وقائياً يعرض للمفاهيم الدستورية التى باتباعها لا ينزلق المشرع فى حومة المخالفة الدستورية.

وقد أمنت المحكمة باستمرار التفاعل بين القضاء والمجتمع بما يسمح بتأصل التأثير المتبادل فيما بينهما ، وهذا هو الحوار الدستورى الذى نادينا به فى موضع آخر من هذه الرسالة .

وجريا وراء السياق الأمريكى بتسمية المحكمة باسم رئيسها خلال الفترة التى رأسها ، فإن محكمة التسعينات أو محكمة د. المر تذكرينا - وإلى حد كبير - بمحكمة وارن للحريات التى امتدت فى أمريكا فى الفترة من ١٩٥٣ إلى ١٩٦٩ ، ولولا الخوف من الإطالة والتزاما بموضوع البحث الذى يركز أساس على محكمة رنكوست باعتبارها تمثل التطورات الحديثة فى المحكمة العليا الأمريكية ، لكننا قد عرجنا على تلك المحكمة العظيمة ولكن يمكن الرجوع فى هذا الشأن إلى التحليل القيم الذى أجراه أستاذنا الدكتور كمال أبو المجد^(١٧) وللكتابات الأجنبية حولها .

ولا شك أن المبادئ التى وضعتها محكمة وارن المتحررة لم تستطع أى من محكمتى بيرجر ورنكوست المحفظتين العدول عنها كثيرا نظرا لقوتها ومثانة حججها وحفاظها قدر الإمكان على حقوق الإنسان، لذا نظن أن المبادئ التى وضعتها محكمة د/ المر فى مصر لا يمكن العدول عن الكثير منها لذات الأسباب السالفة.

والحقيقة أن محكمة د. المر هى محكمة مقدامة غير هياية فى حدود مبادئ التقيد الذاتى وما سعت تلك المحكمة إلا لكل خير لمستقبل هذا الشعب ، ولتطويره بلا جدال .

وإذا كانت المحكمة السابقة مباشرة على محكمة د. المر قد أنقذت البلاد من كارثة دستورية وانتهيار دستورى لما قضت باستمرار القوانين التى أقرها مجلس الشعب المقضى ببطلان تكوينه استنادا لنظرية استمرار الدولة ، فإن محكمة د. المر كانت تسعى دائما إلى الحفاظ على المبادئ الدستورية والحيلولة دون الانهيار والقوضى قدر الإمكان.

ويحضرنا هنا مثال لحكمها الصابر بدستورية الخصخصة^(١٨) فقد دفع المحكمة لإصدار ذلك الحكم اعتباراً من :

أولهما: نظرى ، وهو أن المحكمة الدستورية لا يجب أن تكون الوسيلة لفرض نظرية اقتصادية معينة ، وذلك اتعاظا بما حدث لما حاولت المحكمة العليا الأمريكية إبان عهد الرئيس روزفلت فرض نظرية

الحرية الاقتصادية الأمر الذى أدى للوقوف ضد مشروعات السياسة الجديدة والمواجهة مع روزفلت.

ثانيهما : على ، وهو أن البيئة المحيطة بالمحكمة وقت صدور هذا الحكم كانت تفرض على المحكمة القضاء بدستورية الخصخصة ، فلم يكن غائباً عن المحكمة بحال انهيار النظرية الاشتراكية والاتحاد السوفييتى رأسها، وأن مصر إبان صدور الحكم على وشك الإفلات من عنق الزجاجة الاقتصادية لتتحول فى سنوات قليلة - إن شاء الله - لنمر اقتصادى حقيقى، وهناك مؤشرات تدل على ذلك لا بد أن قضاة المحكمة أدركوها وقت صدور حكمهم بصورة أو بأخرى تتمثل فيما يلى:

١ - قيام البنك الدولى بإصدار شهادته بكفاءة الاقتصاد المصرى وتحقيق الخطة التى أعلنتها الحكومة المصرية لتنفيذ برنامج الإصلاح الاقتصادى - ومن ضمنه الخصخصة - مما أدى إلى إلغاء الشريحة الأخيرة من الدين المصرى الخارجى بمبلغ ٤.٢ مليار دولار أمريكى.

٢ - إعلان مؤسسة التمويل الدولية IFC ضم سوق المال المصرى إلى قائمة أسواق الدول الواعدة وإضافته إلى المؤشر العالم للمؤسسة .

٣ - إعلان مؤسسة Standered Pools التقييم الجديد لمخاطر الانتماء المصرى على المدى القصير والطويل متقدماً على العديد من الدول التى قطعت شوطاً طويلاً فى التنمية مثل البرازيل والمكسيك والأرجنتين وتركيا وبولندا وممثلاً لتقييم كل من الصين وأندونيسيا .

٤ - قيام مؤسسة التمويل الدولية مؤخراً بضم مجموعة كبيرة من أسهم الشركات المصرية إلى ما يسمى **The Investible Index**، ولا يتم ضم أى شركة إلى هذا المؤشر إلا بعد مطابقتها لمعايير معينة أساسية وفنية وسوقية ، وهناك العديد من كبار المؤسسات الاستثمارية العالمية تقصر استثماراتها فى الأسواق الواعدة على الأسهم التى يشملها هذا المؤشر فقط⁽¹⁹⁾.

فما كان من الممكن على المحكمة أن تقضى بعدم دستورية الخصخصة لتقضى على مسيرة الإصلاح الاقتصادى بإيقاف برنامج الخصخصة الناجح لتوسيع نطاق الملكية وإتاحة الفرصة من ثم للقطاع الخاص للقيام بدور فى زيادة الناتج القومى وتوفير المناخ الجانِب للاستثمار، إضافة لما كان سببها هذا الحكم - لو كان قد صدر - من مشاكل جمة فيما يتعلق بحقوق الغير على تلك الشركات التى تم خصخصتها ، والتى كان من الصعب إن لم يكن من المستحيل تسويتها .

ويحضرنا مثال آخر لدور المحكمة التطويرى فى المجال الاقتصادى الذى يتخذ جانبا سلبيا أيضا بمعنى أن المحكمة لا تقف ضد التطور ألا وهو حكمها الحديث بدستورية الفقرة الأخيرة من المادة (٢٦) من قانون البنوك والائتمان الصادر بالقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ ، والتى تخول مجلس إدارة البنك المركزى المصرى، أن يصدر قرارا بعدم توزيع الأرباح التى يحققها أى بنك على المساهمين فيه إذا تبين نقص فى المخصصات واجبة التكوين بسبب أن ذلك القرار إنما يقع فى حدود السياسة النقدية والمصرفية التى ينتهجها البنك المركزى والتى تتوخى حمل البنوك جميعا على أن تكون مراكزها المالية مطابقة لحقيقتها توفيقا لاضطرابها اقتصاديا أو ماليا وأن قراره هذا لا يعنى استثنائه بالأرباح التى قرر عدم الاعتماد بتحقيقها وقد قصد من هذه السلطة أن تظل للتنمية الاقتصادية والاجتماعية روافدها وللجهاز المصرفى وسائل رشيدة تكفل تحقيق الأغراض التى يقوم عليها⁽²⁰⁾. هذا ويلاحظ أن مصر لم توقع أى اتفاقيات تلزمها بالسماح للبنوك الأجنبية بالعمل بعيداً عن رقابة البنك المركزى⁽²¹⁾.

ويحضرنا مثال لدور المحكمة التطويرى فى المجال الاجتماعى والاقتصادى نو طبيعة إيجابية بمعنى أن المحكمة هى التى تدفع نحو التطور ، وهو قضاء المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية (22) من المادة (٢٦) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمتعلق بامتداد عقود الإيجار للورثة والشركاء بالنسبة للمحال التجارية حتى لا تتحول المسألة إلى وراثه أبدية ، الأمر الذى دفع الحكومة لسرعة تقديم مشروع قانون لمراعاة التوازن بين الملاك والمستأجرين ، ولولا حكم المحكمة المذكورة وغيره فى مجال الإيجارات (23) لظلت العلاقات الإيجارية على حالها المعيب وظلت ظاهرة خلو الرجل قائمة وظل الملاك يتقاضون الملايم عن عقارات بالملايين وهو الأمر الذى يتنافى مع التطور الاقتصادى ، ولولا يقظة المحكمة ومبايرتها بالحكم السالف وما سبق من أحكام تتعلق بالعلاقات الإيجارية لكانت الأوضاع كما هى فى سبات عميق .

وأخيراً فإنه وإن كانت محكمة ورر تسمى محكمة وارن للحريات فإن هذا اللقب يستحق أن يطلق على محكمة د. المر نظراً لحفاظها على حقوق الإنسان على اختلافها، ولو كان الزمان قد رجع بهذه المحكمة إلى الوراء فى الفترة التى قامت فيها محكمة وارن [١٩٥٣ : ١٩٦٩] لتغير وضع مصرنا الحبيبة حالياً ولكانت بالقطع من مصاف دول العالم الأول .

وبعد فهذه الأمثلة وغيرها الكثير ينم عن تفرد وتميز المحكمة وسعيها إلى كل ما هو خير .

المبحث الثانى

بعض الدروس المستفادة من التجربة الأمريكية

كما قلنا فى المقدمة فإن التجربة الأمريكية عتيقة فى العمر والتجربة المصرية حديثة والقاعدة أن الصغير يتعلم من تجارب الكبير لذا وفى ضوء من تقيمنا للتجربة الأمريكية نرى ما يلى :

١ - ضرورة الأخذ بأسلوب المحكمة العليا الأمريكية فى إصدار الأحكام الأسلوب الأنجلوسكسونى»

كما رأينا فإن المحكمة العليا الأمريكية والأسلوب الأنجلوساكسونى عامة يسمح للقضاة المعارضين على الحكم بنشر آرائهم ، وقد كان لهذا الأسلوب صدى فى ذهن المشرع المصرى، إذ كانت لجنة تعديل قانون المرافعات السابق قد وضعت نصا مقتضاه أنه إذا صدر الحكم بأغلبية الآراء جاز للأقلية تدوين رأيها مسبباً فى محضر الجلسة ، وأنه يتعين أن ينص فى الحكم على ما إذا كان صادراً بالأغلبية أو بالإجماع (24) ، غير أنه لم يقدر لهذا النص أن يصدر إذ رأت لجنة المرافعات حذف هذا النص لأنه لا يتفق مع التشريع المصرى ويؤدى إلى التشكيك فى سلامة الأحكام وقوتها .

وكما رأينا فى الباب التحليلى فإن المحكمة العليا قد تصدر أحكامها بالإجماع والذى قد يكون خالصاً أو مع وجود رأى أو أكثر منضم أو مؤيد والذى يرى صاحبه أسباباً مغايرة غير التى رآها الحكم رغم اتفاقه مع الحكم فى النتيجة ، وقد يصدر الحكم بأغلبية حال وجود رأى محتج أو أكثر يختلف مع الحكم فى المنطوق والأسباب وكل هذا يكون منشوراً ومعلوماً للكافة . ولا جدال فى أن لهذا النظام المزايا الآتية (25):

أ - الاتساق مع كرامة القضاة واستقلالهم الشخصي ، إذ يحول دون مسئولية القاضي عن أحكام لا يرتضيها أسبابا أو منطقا وأسبابا ، ومن ثم يتمكن القاضي من إبداء رأيه الخاص دون حرج عليه.

ب - الحد على اجتهاد القضاة في تسبيب الأحكام ومنع الاستتار خلف حكم مجهول يصدر عن هيئة المحكمة مما قد يغري بالتكاسل والتواكل .

ج - إعطاء الرأي العام فكرة صادقة عن حقيقة اتجاهات المحكمة ، وبيرر عدول المحكمة عن سوابقها طالما كانت الأغلبية في الحكم ضئيلة .

وقد يرى البعض أن عيوبها ينطوى عليها هذا النظام تتمثل في أن الرأي العام يفقد الثقة في القضاء كلما استبان له اختلافهم في وجهات النظر ، إلا أن ذلك مربوط عليه بما هو معروف من أن القانون كسائر العلوم الاجتماعية والإنسانية لا يؤدي إلى حقائق ثابتة أو إلى حتمية فهو ليس من العلوم التي يرتبط فيها السبب بالنتيجة كالفيزياء والكيمياء ، فالصحة نسبية دائما في علم القانون وهذا ما أدركه قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ عندما أضاف المشرع إليه المادة (٥٤ مكررا) وذلك بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ لتقتصر على أنه إذا تبين لإحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا عند نظر أحد الطعون أنه صدرت منها أو من إحدى دوائر المحكمة أحكام سابقة يخالف بعضها البعض أو رأت العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة من المحكمة الإدارية العليا ، تعين عليها إحالة الطعن إلى هيئة تشكلها الجمعية العامة لتلك المحكمة كل عام قضائي من أحد عشر مستشارا برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابه .

ويكشف التاريخ الدستوري القيم للمحكمة العليا الأمريكية عن أن بعض الآراء المحتجة أحيانا كانت أكثر منطقا وأقوى أساسا من رأي أغلبية المحكمة الأمر الذي دفع المحكمة إلى العدول عن سوابقها وتبني الموقف المحتج، ومن ثم فإن الآراء المحتجة مصدر قوة للمحكمة وتراث عظيم للنهل منه استجابة للتغيرات اللازمة في المزاج القومي ومواكبة لسمعة التطور⁽²⁶⁾.

والتابع لأحكام المحكمة العليا الأمريكية حاليا يجد مثلا أن القاضية ساندرا دي أوكتر في أرائها المحتجة والموافقة قد تبدو أعظم حجة وإقناعا من رأي أغلبية المحكمة ذاته .

وإذا كانت الديمقراطية هي النظام الممكن لاستخدام الأغلبية لقوة الدولة في إنفاذ أرائها مع الاحترام الكامل لوجهة نظر الأقلية والمعبّر عنها عبر القنوات الشرعية ، فإنه لا أقل من أن يطبق ذات هذا النهج بالنسبة لمحكمةنا الدستورية العليا.

٢ - جعل سن الخدمة بالمحكمة الدستورية العليا مفتوحا تشبها بالمحكمة العليا الأمريكية

ورب من قائل إن في ذلك مخالفة للدستور ومبدأ المساواة بين المتساوين في المراكز القانونية المتكافئة أي بالمساواة المفترضة بين قضاة المحكمة الدستورية العليا وغيرهم ، إلا أننا نرى أن المركز القانوني غير متكافئ ويظهر عدم التكافؤ في آثار الأحكام ، فحكم المحكمة الدستورية عيني ويمتد إلى الكافة، ولا شك أن تعديل طريقة تعيين قضاة المحكمة على النحو الذي اقترحه سلفا سيساهم في تعضيد تميز المركز القانوني لقضاة المحكمة الدستورية العليا عن غيرهم⁽²⁷⁾ ، ومن أجله إزالة أي شبهة نرى تعديل الدستور للنص على ذلك .

٣ - يوصى بتعيين امرأة كقاضية بالمحكمة الدستورية العليا

فإذا كان القضاء الدستوري قضاءً سياسياً ، فيجب أن يراعى فيه تمثيل المرأة التي هي نصف المجتمع ، إذ لا جدال في أن وجود المرأة وسط زملائها داخل المحكمة سينير الطريق أمام المحكمة ، للبت في العديد من الأمور التي تهم المرأة ككل .

ولا ينال مما تقدم الادعاء بأن الشريعة الإسلامية تحظر ولاية القضاء على المرأة ، إذ إن ذلك غير ثابت بنص قطعي بالقرآن والسنة ، بل إن الثابت أن عمر بن الخطاب ولي امرأة تدعى « الشفاء » (28) قضاء السوق .

وعلى سبيل الفرض الجدلي بأن التعيين يخالف الشريعة الإسلامية ، فإن قانون المحكمة الدستورية العليا الذي ينص على التعيين بصفة عامة دون تخصيص سابق على التعديل الدستوري المادة الثانية سنة ١٩٨٠ .

ويمكن في ظل الوضع الحالي الذي تغيب فيه المرأة عن أن تكون قاضية بالقضاء العادي أو الإداري اختيار امرأة كقاضية من الهيئتين القضائيتين الأخرتين اللتين تسمحان بذلك وهما هيئة قضايا الدولة وهيئة النيابة الإدارية ، كما يمكن تعيينهما من فئة المحامين أو أساتذة الجامعات .

والحقيقة أن التجربة الأمريكية قد أثبتت تماماً نجاح المرأة كقاضية بالمحكمة العليا ، وكما أسلفنا فإن ساندرا دي أوكر أول قاضية تعين بالمحكمة فاقت في كفاءتها زملاءها من الرجال وكثيراً ما تبنت المحكمة العليا الأمريكية لاحقاً آراءها المحتجة .

٤ - الأخذ بفكرة مذكرات الصداقة الموجودة بالولايات المتحدة

القضاء الدستوري ملزم لكافة الجهات بالدولة بما له من حجية مطلقة بعكس سائر المحاكم الأخرى التي يكون حكمها ذا حجية نسبية .

وما دام حكم المحكمة الدستورية العليا على هذا القدر الجلل من الأهمية ، فمن ثم لا بد من تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بما يسمح لأي شخص طبيعي أو معنوي أو جهة ما من الجهات أن تتقدم بمذكرة رسمية في الدعوى لتوضيح الرأي القانوني في دستورية النص ، والمصلحة متوافرة للجميع في إظهار ما إذا كان نص في قانون أو لائحة قد أصابه عوار دستوري من عدمه .

وإذا كان أساس رفض الرقابة السياسية هي أنها رقابة في الفراغ ، بينما الرقابة القضائية رقابة في الموضوع تكون بعد تطبيق النص وإظهار عيوبه ، فإن السماح بتقديم هذه المذكرات يساعد على إظهار عرى الحقيقة الكامنة في النص المطعون عليه من حيث مدى مطابقته للدستور .

الفصل الثالث

التوصيات الختامية

التوصية الرئيسية

يوصى بالاهتمام بتدريب القضاة من الناحية الدستورية سواء كانوا من قضاة القضاء العادى أو الإدارى ، إذ الاهتمام حينئذ بتلك الدورات الدستورية سوف يؤدي لمزيد من الوعى الدستورى لدى القضاة، والذي نحن فى أوج الاحتياج إليه للحفاظ على دستورنا.

وكذلك يجب الاهتمام بالقدرة الدستورية للقضاة عند التفتيش الفنى على أعمالهم.

ويلاحظ أن الإحالة من محكمة الموضوع - والتي هى إحدى الوسائل الثلاث للوصول بالدعوى الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا- قليلة الحدوث، وإن حدثت فإنه يحدث كثيراً أن يكون تقدير محكمة الموضوع لدستورية نص ما غير صحيح طبقاً لما تنتهى إليه المحكمة لدستورية العليا .

وطريقة الإحالة هذه تعد فى تقديرنا أهم من طريق الدفع نظراً لأن الوعى الدستورى لدى المتخصصين لا يتصور أن يرتقى إلى الوعى الدستورى للقاضى صاحب الخبرة والولاية، والذي كلما زاد وتدعم تمكن القضاة من تحقيق درجة كبيرة من النجاح فى تصفية النصوص غير الدستورية بإحالتها إلى المحكمة الدستورية من تلقاء ذات المحكمة أو على الأقل بقبول الدفع المقدم بشأنها.

ومن الغريب أن هناك نصوصاً مقطوعاً فى عدم دستورتيتها ورغم ذلك لا زال معمولاً بها حتى تاريخه ولا تزال المحاكم تطبقها، ومثال ذلك قصر حق الانتخاب والترشيح وفقاً لأحكام القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ بشأن الغرف التجارية [م ٥ و م ٧ منه] على التجار المصريين من الذكور دون الإناث وهو الأمر الذى يخالف مبدأ المساواة الذى أقرته المحكمة الدستورية العليا وكذا الحماية القانونية المتكافئة لنوى المراكز المتماثلة .

- وتدريب القضاة دستوريا مهم إضافة لما سلف ، بالنظر لأن هؤلاء القضاة سواء كانوا بالقضاء

العادي أو الإداري ، وسواء كانوا بالقسم القضائي أو يسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أو بأى جهة أخرى ذات اختصاص قضائي، يقومون جميعا بدور مهم فى تفسير النصوص القانونية تطبيقها حقا وصدا على ما يعرض عليهم، فإذا كان الفكر الدستوري فى ذهن القاضى وهو يقوم بمهامه فإنه لا غرو سيميل إلى التفسير الأقرب إلى المبادئ الدستورية ويهجر التفسير الذى يخالفها أو لا يتلاءم معها.

ويحضرنا هنا مثال عملى يتمثل فى أنه عرض على الجمعية⁽²⁹⁾ العمومية لقسمى الفتوى والتشريع طلب وزير المالية بالاستفتار عن مدى جواز خضوع العمولة التى تدفعها شركة مصرية إلى وكيلها «شركة أجنبية مقيمة بالولايات المتحدة الأمريكية» للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية فى مصر حيث يوجد رأيان فى هذا الأمر .

أولهما : يذهب إلى خضوع العمولة للضريبة تأسيسا على ما يلى :

١ - إن المشرع فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ - الذى أبرمت اتفاقية تجنب الازدواج الضريبي بين كل من جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية فى ظل العمل بأحكامه - وكذلك القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ (الحالى) قضى بسريان ضريبة الأرباح التجارية والصناعية على كل مبلغ يدفع على سبيل العمولة لأى شخص طبيعى أو معنوى ولو كان عن عمل عارض لا يتصل بمباشرة مهنته ، وقد جاء حكم المادتين (٣٢ مكرر)⁽³⁰⁾ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ و(٢/١٥) من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ مطلقا وشاملا كافة العمولات التى تدفع فى مصر سواء كان العمل الذى استحق عنه العمولة قد أدى داخل مصر أم خارجها ومما يؤكد ذلك ما نصت عليه المادتين ٦٠ مكرر ، ٤٤ من القانونين المذكورين من التزام الجهات المنصوص عليها فيها بخضوع نسبة من العمولة التى تدفعها لأى شخص من أشخاص القطاع الخاص تحت حساب الضريبة .

٢ - إن الاتفاقية المذكورة لم تتضمن حكما يقضى بإعفاء العمولة التى يحصل عليها الوكيل المقيم فى إحدى الدولتين المتعاقبتين عن عملية أو عمليات تجارية لحساب أحد المواطنين أو المقيمين بالدولة الأخرى من الضريبة المفروضة على تلك العمولة بهذه الدولة [الأخرى] .

ثانيهما : يذهب إلى عدم خضوع العمولة المشار إليها للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية وذلك تأسيسا على ما يلى :

١ - إن مستحق العمولة عبارة عن شركة أجنبية أمريكية لا تخضع للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية إلا إذا باشرت نشاطا تجاريا أو صناعيا فى مصر ولما كان نشاطها بصفتها وكيل بالعمولة تم فى أمريكا ، فمن ثم فهو يخضع للتشريع الضريبي الأمريكى ولا وجه لإخضاعه للضرائب المصرية منعاً من الازدواج الضريبي .

٢ - إن ما ورد بالحجة الأولى للرأى الأول غير صحيح لأن أحكام القانونين ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، ١٥٧ لسنة ١٩٨١ فيما يتعلق بالوكالة بالعمولة تتعلق بالنشاط الذى يتم فى مصر .

وعندما يفكر القاضى فى هذا الأمر سيجد أن نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التى يحكمها القانون الخاص سواء تعلقت هذه المراكز بالمعاملات المالية أو بالأحوال الشخصية وبأن تمييز بين ما هو محكوم بالقانون المدنى أو بالقانون التجارى أو غيرهما من فروع القانون الخاص.

أما المراكز الخاضعة للقانون العام « كما هو مركز الشركة الأمريكية محل الأمر » فهي لا تثير تنازعا بين القوانين وإنما تثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان وينطبق ذلك القول على القانون المالى بوصفه فرعاً من فروع القانون العام إذ يتصدى القاضى لمركز قانونى معين ليحدد مدى خضوعه لأحكام الضريبة فى مصر ، فإذا كان خاضعاً لها فإن القانون المالى المصرى ينطبق أما إذا لم يكن خاضعاً لولاية القانون المصرى فإن القاضى لا يملك أن يبين قانون الدولة صاحبة الولاية فى تحصيل الضريبة ، وبعبارة أخرى⁽³¹⁾ فإن مهمة القاضى هى تحديد نطاق تطبيق القانون المالى المصرى من حيث المكان ولكن المسألة التى يواجهها لا تثير تنازعا بين القوانين أى أن بحثه لن يؤدى بحال إلى تطبيق قانون أجنبى على النزاع .

وإذا كان المشرع المصرى قد وضع الشريعة العامة فى تنازع القوانين من حيث المكان فى القانون المدنى فى المواد من (١٠٠) إلى (٢٨) فإنه لا مجال لانطباقها فى المنازعات الضريبية بالنظر لأن دور القاضى حينئذ سيكون هو تحديد نطاق تطبيق القانون المالى المصرى على النزاع من حيث المكان .

والقاعدة أن القانون الضريبى ينطبق على إقليم الدولة ولا يتعداه إلى أقاليم النول الأخرى .

وعلى ذلك فالقاضى صاحب الفكر الدستورى سيتخير يقينا الرأى الثانى بحسبان أنه يجب تأويل النصوص القانونية⁽³²⁾ بما يتفق وحكم الدستور كلما أمكن ذلك ، إذ إن مبدأ إقليمية الضريبة غدا مبدأ دستورياً فى فرض الضرائب مستقر فى الضمير الإنسانى والعالمى بحيث لا يجوز لدولة أن تتجاوز تخوم حدودها الإقليمية لتفرض الضريبة على أنشطة بدأت دورتها خارجها واكتملت ، إذ يعد الأمر حينئذ مجرد تنمية لموارد الدولة من خلال ضريبة تفتقر لأسسها ولا يجب أن تكون هذه الجباية هدفاً يحميه الدستور ، ومن ثم لا يجوز للدولة تعقب دخول لم تتم على أرضها وليس لها علاقة بها .

ويحضرنا مثال عملى آخر يوضح المعنى إذ استفسر السيد / وزير المالية من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع⁽³³⁾ عن مدى جواز إصدار وزارة المالية لخطابات ضمان للهيئات والمؤسسات العامة فيما تعقده من قروض داخلية لتمويل مشروعاتها المدرجة فى الخطة قبل عرض عقد القرض على مجلس الشعب ، حيث وجد رأى يرى أن موافقة مجلس الشعب على المشروعات المدرجة بالخطة تطبيقاً لنص المادة (١١٤) من دستور سنة ١٩٧١ يعد موافقة ضمنية على عقود القروض التى تمول هذه المشروعات بما يقضى عن إعادة عرض عقد القرض ذاته على مجلس الشعب ، ومن ثم يحق لوزارة المالية ضمان تلك القروض .

والقاضى صاحب الفكر الدستورى سيدرك لا محالة عدم صحة الرأى المذكور ، إذ الأصل فى نصوص الدستور أنها تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة ، وهى باعتبارها كذلك تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين احترامها والعمل بموجبها باعتبارها أسس القواعد الآمرة ، وأحقها بالنزول على أحكامها ، وأن الدستور قد اختص السلطة التشريعية بسن القوانين وفقاً لأحكامها ، فنص فى المادة (٨٦) منه على أن يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ويقر السياسة العامة للدولة ، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية وذلك كله على الوجه المبين بالدستور ، وتطبيقاً لذلك حظر الدستور فى المادة (١٢١)⁽³⁴⁾ منه على السلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب ، ومفاد هذا النص حسبما ذهب إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع⁽³⁵⁾

أن المشرع الدستوري حظر على السلطة التنفيذية إبرام عقد قرض يرتب التزامات مالية لاحقة أو يسد في خلال ذات السنة كما حظر الارتباط بمشروع يرتب ذات الأثر إلا بعد الحصول على موافقة مجلس الشعب، وذلك بقصد تحقيق مبدأ رقابة السلطة التشريعية على موارد الدولة ومصروفاتها، كما أن ارتباط الحكومة بقرض أو مشروع دون موافقة مجلس الشعب سيؤدي إلى إجباره على إدراج الاعتمادات اللازمة للتنفيذ في ميزانيات السنوات المقبلة إن كان العقد أو الارتباط يستلزم إنفاق مبالغ في سنوات لاحقة فتحرم بذلك السلطة التشريعية من حقها في مناقشة اعتماده في الميزانية ومن حقها في قبول الالتزام بالقرض أو المشروع أو رفضه أو تعديله، ومن ثم يتعين عرض عقود القروض التي تبرم لتنفيذ المشروعات المدرجة بالخطة رغم موافقة مجلس الشعب عليها وعلى تكاليفها الإجمالية باعتبار أن رقابة المجلس لاتنصب فقط على التمويل الإجمالي للمشروع وإنما تمتد لتشمل طرق التمويل وشخص المقرض وطرق الدفع وتكاليف خدمة القرض وغير ذلك من الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة بموجب نصوص القرض يستوى في ذلك أن يكون القرض داخليا أو خارجيا أو دوليا .

وما من شك أن التفسير الأنف لنص المادتين ١١٤ ، ١٢١ من الدستور يحقق تكامل الأطراف وتضامير المعاني لنصين دستوريين لهما هدف واحد هو تحقيق الرقابة التشريعية على الأعمال التنفيذية ، ولو كان نص المادة (١١٤) يغني عن نص المادة (١٢١) لعد ذلك لغوا يجب تنزيه المشرع الدستوري عنه.

ومن حيث إن القرار الجمهوري رقم ١١٥ لسنة ١٩٦٨⁽³⁶⁾ أذن لوزير الخزانة - المالية - في ضمان الهيئات والمؤسسات العامة فيما تحصل عليه من قروض بالشروط والأوضاع التي يحددها بقرار منه. ولما كان الضمان هو نوع من الكفالة الذي يختلف في أركانه عن عقد القرض فمن ثم فإن الضمان لا يجب عرضه على المجلس ويبقى الأمر في ملاحة تقريره قبل عرض عقد القرض على المجلس أم بعده.

ورب من قائل أنه من الأفضل أن يكون سابقا على العرض على المجلس إذ يعد دالا على أهمية القرض المضمون ولزوميته الأمر الذي يكشف عرى الحقيقة أمام مجلس الشعب صاحب الاختصاص النهائي في الموافقة على القرض من عدمه، ولأنه إن صار الضمان لاحقا بات لانقدير فيه.

ولا يجوز الاحتجاج هنا أن متطلبات الحفاظ على قيمة النص الدستوري الواردة بالمادة (١٢١) تقتضي أن عقد القرض المضمون لا يتكامل وجوده إلا بموافقة مجلس الشعب وقيل تلك الموافقة يصير مشروعا لا يجوز ضمانه لانهاء المحل، إذ يسمح القانون المدني في المادة [٧٧٨] منه بكفالة الدين الشرطي ، وأمام قوة هذه الحجج يدرك القاضي صاحب الفكر الدستوري أن المجال ليس مجال مشروعية وإنما ملاحة دستورية ليس أكثر ، فتأييد الضمان اللاحق فيه سد للنزاع لما لوحظ في الواقع العملي من تنفيذ عقود القرض بمجرد ضمان وزارة المالية دون انتظار لموافقة المجلس على عقد القرض ، الأمر الذي يجبر المجلس على الموافقة استجابة للضرورة ويفرغ الرقابة من المقصود منها لتصبح مجرد رقابة شكلية ، الأمر الذي يجعل نص المادة (١٢١) من الدستور عديم القيمة .

وإذا كان قرار رئيس الجمهورية رقم ١١٥ لسنة ١٩٦٨ سالف الذكر يخلو وزير المالية الضمان وفقا للشروط التي يضعها فإن الإفتاء هنا وحفاظا على النص الدستوري هو أن يكون الضمان لاحقا لموافقة مجلس الشعب على القرض، فإن كان سابقا على ذلك فيجب أن ينص فيه صراحة على جعله معلقا على موافقة المجلس ، بحيث لايجوز الصرف إطلاقا إلا بتحقيق تلك الموافقة . وهكذا ينفذ

القاضي صاحب الفكر الدستوري إلى ماوراء الكواليس بهدف حماية النصوص الدستورية بقدر ما يملكه من طاقة إذ في الواقعة السالفة لو كان الضمان السابق لا يؤدي إلى الصرف من القرض لماثيرت مشكلة حوله استدعت العرض على الجمعية العمومية.

ويحضرنا أخيرا مثال ثالث يؤكد المعنى أيضا وهو أن السيد وزير المالية تسأل (37) عن سعر صرف الجنيه المصرى الذى يعتد به للعملات الأجنبية التى يحققها الممول قبل ١٠ / ٧ / ١٩٨٥ عند حساب الضريبة المستحقة عليه، حيث كانت الجمعية العمومية قد انتهت بجلستها المتعقدة فى ١٧ / ١١ / ١٩٩١ إلى أن أداء الضرائب بجميع أنواعها يكون بالعملات الوطنية ويعتد فى ذلك بالسعر الرسمى المعلن من البنك المركزى لدى توافر الواقعة المنشئة للضريبة طبقا للقانون.

ورأى سيادته أن الإفشاء السابق لاتبدو صعوبة فى تطبيقه اعتبارا من ١٠/٥/١٩٨٧ وهو تاريخ صدور قرار إنشاء السوق المصرفية، أما قبل هذا التاريخ فقد كان يتوفر فرق كبير بين سعر صرف العملات الأجنبية بالجنيه المصرى والعكس الذى يعلنه البنك المركزى وبين سعر هذا الصرف فى السوق الحرة خارج النطاق المشروع قانونا ، وتسأل عما إذا كان يمكن حينئذ المحاسبة على أساس من السوق الأخيرة. وهنا على القاضي المتمرس دستوريا والقارئ لأحكام المحكمة الدستورية العليا أن يسترجع ما قرره المحكمة حول افتراض البراءة والذى يقوم على الفطرة التى جبل الإنسان عليها إذ ولد حرا مبرأ من الخطيئة أو المعصية ، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامنا فيه، مصاحبا له فيما يأتبه من أفعال إلى أن تنقضى المحكمة الجنائية بقضاء جازم لا رجعة فيه هذا الافتراض على ضوء الأدلة التى تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التى نسبتها إليه فى كل ركن من أركانها، بما فى ذلك القصد الجنائى بنوعيه إذ كان مطلوبا فيها ، وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة التى يستند إليها مفهوم المحاكمة الجنائية المنصفة التى كفلها الدستور (38).

وعلى القاضي أن يطبق ما سلف على الوقائع، دون أن ينال من ذلك أن المبادئ المذكورة تتعلق بالجال الجنائى ونحن فى مجال ضريبي إذ إن الحال موصولة بينهما، وعليه تصلح تلك المبادئ للتطبيق بالنظر لأن حساب الأرباح على أساس افتراض التعامل بالسوق غير المشروعة المشهورة باسم « السوق السوداء » يمكن أن يؤدي إلى اتهام الممول جنائيا بالتهرب الضريبي منها .

وعلى ذلك لا يصح حساب أرباح المنشأة أو الممول ضريبييا على أساس من افتراض التعامل فى السوق غير المشروعة لأن هذا الافتراض يخالف فطرة الله فى خلقه التى جبلهم عليها وهو أنهم ولدوا مبرعون من كل إثم.

وما أوردنا ذكره من هذه الأمثلة العملية المطولة - التى صابفتنا (39) - أن تثبت أن الاهتمام بتدريب القضاة دستوريا من أهم الأمور، وبور القضاة خارج المحكمة الدستورية العليا فى الحفاظ على المبادئ الدستورية التى قررتها تلك المحكمة فى إطار من فهمها وهضمها من قبلهم غير منكور، وأن تفسير النصوص وتوويلها بما يتفق مع صحيح حكم الدستور يجب أن يكون هو الواجب المفترض فى كل قاض، وأن على هؤلاء القضاة ليس فحسب العمل على تدعيم المشروعية الدستورية ولكن العمل على ما هو أدنى من ذلك قليلا ألا وهو الحفاظ على الملاسة الدستورية فيما يعرض عليهم، بحيث يكون الرأى المتبنى يوما مع تدعيم وتعضيد النص الدستوري حتى ولو كان الرأى المخالف لا مخالفة دستورية فيه، أما إذا تكشف للقاضي عدم إمكانية تأويل النص بما يتفق وصحيح الدستور فإن عليه واجب إحالته من تلقا نفسه إلى المحكمة الدستورية العليا (40) أو - أضعف الإيمان - قبول الدفع

بعدم الدستورية المقدم من أحد الخصوم في الدعوى.

٢ - إذا كانت القاعدة أن كل إناء ينضج بما فيه ، وإذا كان دور القاضي خارج المحكمة الدستورية غير منكر ، وعلى نحو ما نكر في التوصية الأولى.

ولما كان طلبة كلية الحقوق هم في حقيقتهم قضاة الغد ، فإنه حتى يمكن الوصول إلى قضاة أصحاب فكر دستوري فإنه يجب الاهتمام بمادة القانون الدستوري وإحداث ثورة في تدريسها بمصر ، وقد كان شأننا وقت أن كان الباحث طالبا بكلية الحقوق أن القانون الدستوري هو مادة تدرس في السنة الأولى وينتهي علاقة الطالب بها مدى حياته بعد ذلك ، لذا يجب العمل على جعل مادة القضاء الدستوري هي المادة التي يختم بها الطالب حياته الدراسية بالسنة الرابعة وذلك بعد أن يكون قد نضج نسيبا واستوى على سوقه.

ولما كان القضاء الدستوري يعتمد على المفاهيم المستقرة في الضمير الإنساني لتفسير وتطبيق المبادئ الدستورية، فإن تدريس أحكام المحكمة العليا الأمريكية ضمن مادة القضاء الدستوري إضافة لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية ليس ترفا عظيما أو سرفا زائدا وإنما هو أمر يستلزمه الدور العظيم للمحكمة الأمريكية في إرساء المبادئ الدستورية والتي يصلح جزء كبير منها للتطبيق في دول أخرى ، فالاسترشاد بالمبادئ التي أرستها هذه المحكمة وبتجاربيها وعثراتها أمر عظيم الفائدة خاصة وأن تلك المحكمة هي أعتق المحاكم الدستورية الباقية على قيد الحياة في البسيطة .

وندعو فقه القانون العام إلى مزيد من التركيز على القضاء الدستوري، فالقضاء الدستوري - قياسا على سوق المال المصري إن جاز ذلك القياس - هو سوق صاعد واعد والاستثمار الفقهي فيه شديد الربحية ، ومن العجب أن جل تركيز فقه القانون العام هو على القضاء والقانون الإداريين رغم استقرار مبادئهما كترك المتعلقة بالموظف العام والمرفق العام والتي قتلت بحثا، ولا يجب أن نترك العبء كله على عاتق محكمتنا الدستورية إذ لا زال مطلوب دور الفقه في تحليل وتقييم القضاء الدستوري والمساهمة في تطويره .

٣ - تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بإبداء الرأي في المسائل المنصوص عليها في المادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ٧٢ ومن ضمن هذه المسائل ما نصت عليه الفقرة (د) وهي المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الوزارات أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض .

ويكون رأي الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في هذه المنازعات ملزما للجانبين.

وكانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بأن مؤدى نص المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أن المشرع لم يسبغ على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ولاية القضاء في المنازعات التي تقوم بين فروع السلطة التنفيذية وهيئاتها ، إنما عهد إليها بمهمة الإفتاء فيها بإبداء الرأي مسبب على ما يفصح عنه صبر النص ، ولايؤثر في ذلك ما أضفاه المشرع على رأيها من صفة الإلزام للجانبين لأن هذا الرأي الملزم لا يتجاوز حد الفتوى ولايرقى به نص المادة (٦٦) المشار إليه إلى مرتبة الأحكام ، ذلك أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائي لمجلس الدولة ولا تتبع عند طرح المنازعة عليها الإجراءات التي رسمها قانون المرافعات أو أية قواعد أخرى تقوم مقامها وتتوافر بها سمات التقاضي وضماناته كما

لا يحوز الرأي الذي تقدمه بشأنها حجية الأمر المقضى⁽⁴¹⁾. ولما كانت هيئة الجمعية الموقرة تتشكل وفقاً لنص المادة ٦٥ من قانون مجلس الدولة من نواب رئيس المجلس لقسمي الفتوى والتشريع ومستشاري التشريع ورؤساء إدارات الفتوى برئاسة النائب الأول لرئيس مجلس الدولة.

ولما كان هذا التشكيل قويا مهيب الشأن ، الأمر الذي يدفعنا إلى المطالبة بتعديل قانون مجلس الدولة بما يجعلها محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي على الأقل، بالنص على ما يؤدي إلى توافر سمات القضاء وضماناته أمامها ، إذ يحزن المرء وقد كثّر عرض تقاريره عليها ومتابعته لفتاواها القيمة - أن يجد هذا التشكيل المهيب وهو يفصل في نزاع ما استنادا لنص المادة ٦٦/د المذكورة عاجزا عن إحالة ما يراه من نصوص غير دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، ولا يستطيع أن يقبل دفوعا بعدم الدستورية ، وتضطر الهيئة الموقرة أحيانا إلى الفصل برأى ملزم في نزاعات حقيقية وليست أكاديمية أو متوهمة أو ظنية ، استنادا إلى قانون أو لائحة، يعلم يقينا أعضاء الهيئة الموقرة بعدم دستوريته أو على الأقل يشكون في هذا الأمر. ولو مكنت الجمعية العمومية مما تمكن منه المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي على النحو السالف لعد ذلك إضافة ذات شأن جليل للفكر الدستوري ، ولا يعقل أن يكون سلطة الجمعية من الناحية الدستورية أقل من أقل محكمة في أصغر مركز من المراكز.

والحقيقة المؤكدة هو أن تقدير ما يربو على ثلاثين مستشارا من خيرة رجال مجلس الدولة حول دستورية نص ما سيكون في أغلب الأحوال متققا وصحيح حكم الدستور ، وممكنا المحكمة الدستورية العليا من مباشرة ولايتها الدستورية على أكبر عدد ممكن من النصوص المشكوك في دستورتها.

وهكذا تتواصل الجهود وتتضافر المعاني.

٤ - إنشاء شرطة خاصة بالمحكمة الدستورية العليا تدين بالولاء والتبعية لها وليس لوزارة الداخلية تدخل نفقاتها في موازنة المحكمة ، ويتولى هذا الجهاز متابعة تنفيذ الفوري لأحكام المحكمة الدستورية، ومخاطبة الجهات المسئولة لتحقيق ذلك وتزليل كافة العوائق .

٥ - جعل مشروع موازنة المحكمة ملزما للمجلس التشريعي ، ولا نطن على الإطلاق أن الجمعية العامة للمحكمة والتي تقر مشروع الموازنة الذي يعده رئيسها سوف تسرف في استخدام هذه السلطة ، ونرى أن هذا الأمر يحتاج إلى تعديل دستوري.

ونرى أن القاضي عامة الذي يجلس للقضاء خالي الذهن من المشكلات المادية سوف يتمكن من القضاء العادل بون أن يشغله أي شاغل .

وبمقارنة دخول القضاء في أمريكا وانجلترا بنظيرها في مصر سوف نجد أن البون شاسع، فريس المحكمة العليا الأمريكية وقضاها لا يقل راتبهم كثيراً عن راتب الرئيس الأمريكي، لذلك وجدنا - سلفا - أنه لا رغبة لهم ولا طموح في مناصب أخرى .

٦ - تجهيز المحكمة بأحدث المعدات وشبكات الاتصال حتى يمكن توصيلها بالمحاكم الدستورية المختلفة في أنحاء العالم، مع توفير أقسام ترجمة للأحكام وشراء برامج ترجمة فورية ، بحيث لا يعتمد في هذا الشأن على الجهود الذاتية للقاضي الدستوري وإجادته للغات ، إذ ما أحوج القاضي الدستوري إلى الاطلاع على الأحكام الدستورية في شتى أنحاء العالم، وخاصة المحاكم الدستورية ذات الثقل وعلى رأسها المحكمة العليا الأمريكية والمحاكم الدستورية في ألمانيا وإيطاليا والنمسا، ولا

يتصور بالطبع أن يجيد القاضى كل هذه اللغات .

ويجب تشجيع وتعزيد الاحتكاك المستمر بين قضاة مصر الدستوريين وأقرانهم فى أنحاء المعمورة ، لما هو معروف من أن المبادئ الدستورية ذات مضمون عالمى بمعنى أن تفسيرها يكون فى إطار مما استقرت عليه الجماعة الولائية والضمير الإنسانى والعالمى ، وفى إطار ما أخذت به المواثيق الدولية، إذ يوجد ما يسمى بهجرة المبادئ الدستورية ، ولا عجب أن توجد مبادئ شديدة التقارب بين محكمتين دستوريتين فى دولتين متباعتين تماما .

٧ - أن يكون عدول المحكمة عن سوابقها بصورة صريحة وليس بصورة ضمنية تعزيدا للثقة فى أعمال المحكمة، فقد لاحظنا مثلا أن المحكمة عدلت عن مفهوم التصدى القديم إلى مفهوم حديث هو الأصح والأدق⁽⁴²⁾ دون أن تشير لذلك صراحة . والعدول الصريح عن السوابق فى تقديرنا هو دليل صحى على تطور المبادئ الدستورية بحسبانها فى معظمها ذات معان مفتوحة غير عسوية على التعديل بما يتناسب وتطور البشرية .

٨ - تشجيع ما درجت عليه محكمتنا الدستورية من الإسهاب فى شرح أحكامها إذ لذلك دور هام فى تثقيف الشعب دستوريا ، فإذا كانت المحكمة تحمى الدستور فإن الشعب أو بالأدق الرأى العام الواعى ، والمنظم لحقيقة دور المحكمة هو الحامى لها .

ومن ناحية أخرى فإن هذا الأسلوب المسهب فى شرح الأحكام لا يمثل تربية دستورية للشعب فحسب وإنما للقضاة أيضا وللمشتغلين فى المجال القانونى بصفة عامة وهذا الدور التربوى يمتد ليشمل قضاة المحكمة أنفسهم .

ويعد مستحسننا أيضا ذكر الأصول الإنجليزية أو الفرنسية أو اللاتينية للمبادئ التى تفرضها المحكمة ، إذ إن المحكمة يترصص بها أعداؤها ومن السهل الوشاية بها والادعاء بأنها تخلق من عندياتها مبادئ لا أساس لها فى الفكر القانونى .

فإذا ذكر الأصل الأجنبى للمبدأ ثبت منه أنه مستقر عالميا، ومن الصعب عندئذ الادعاء بأن المحكمة تتجاوز حدود دورها أو أنها أصبحت - بإبطالها للقوانين - مجلسا تشريعيا ثانيا لم ينتخبه الشعب .

٩ - الإبقاء على فكرة الأثر الرجعى باعتبارها - وللأسباب التى أسلفناها - الأقرب إلى العدالة، ونبذ أى فكرة بديلة فى هذا الشأن كفكرة الأثر الفورى للحكم أو إعطاء المحكمة سلطة تحديد ميعاد تنفيذ الحكم .

ولا بأس فى ظل الوضع الحالى من عرض نص المادة (٤٩ / ٢) من قانون المحكمة الدستورية العليا على المحكمة ذاتها كمنازعة تفسير استنادا لنص المادة (٢٦) من ذات القانون بحسبان أن هذا النص أثار خلافا فى التطبيق وله من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيره ، وأية هذا الخلاف فى التطبيق هو سلسلة الطلبات التى تنهال على إدارات الفتوى بمجلس الدولة من المحافظات والجهات العامة للاستفسار عن كيفية تطبيق بعض أحكام المحكمة الدستورية العليا، وميعاد سريان التقادم ، وكيفية التمسك به ومن له الحق فيه ، ونتمنى أن تنتهى المحكمة إلى قضاء فى دعوى التفسير يطابق الفكرة التى اقترحناها سلفا⁽⁴³⁾ .

١٠ - قمنا بعمل بحث لربود فعل المشرع المصرى - العادى واللائحى - للقوانين والقرارات

المقضى بعدم دستوريته بالباب التحليلي⁽⁴⁴⁾ من هذه الرسالة في غير المجال السياسي، حيث تناول البحث أربعة أحكام خاصة بالمجال الضريبي، وأربعة أحكام خاصة بحق الملكية، وستة أحكام خاصة بمجال العلاقات الإجارية، وحكمين يتعلقان بالشريعة الإسلامية.

وقد خالصنا من هذا البحث لما يلي :

أ - لم يرق المشرع بمجرد إلغاء القانون أو القرار المقضى بعدم دستوريته عدا إصداره القانون رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٩٦ بإلغاء القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء صندوق تمويل مشروعات الإسكان الاقتصادي وقانون نظام الإدارة المحلية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ، وكان ذلك استجابة لحكم المحكمة الصادر في الدعوى رقم ٥ لسنة ١٠ ق دستورية جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣ ، بعدم دستورية فرض ضريبة على الأرض الفضاء .

ب - لم يرق المشرع بإصدار قانون أو قرار يحاول به تلافي العوار الدستوري الذي ألم بالقانون أو القرار المقضى بعدم دستوريته عدا أربع حالات كالتالي :

- إصدار القانون رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤ بفرض ضريبة على أجور ومرتبات العاملين المصريين بالخارج ، وكان ذلك استجابة لحكم المحكمة الصادر في الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٣ ق دستورية جلسة ١٢ / ١٢ / ١٩٩٣ بعدم دستورية القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ .

- إصدار القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قوانين الإجراءات ، وكان ذلك استجابة لحكم المحكمة الرابع المشار إليه سلفا المتعلق بالفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

- إصدار المشرع اللائحي لقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء محميات طبيعية في منطقة غلبة بمحافظة البحر الأحمر ، وكان ذلك استجابة للحكم في الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٠ / ١٠ / ١٩٩٤ والمتعلق بالمحميات الطبيعية .

- إصدار المشرع اللائحي لقرار الوزاري رقم ١٠٩٤ لسنة ١٩٩٥ بتعديل القرار الوزاري رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم ، وكان ذلك استجابة للحكم في الدعوى رقم ٥ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ٢٠ / ٥ / ١٩٩٥ بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم

ويعد هذا القرار الآنف هو الوحيد الذي أشار في ديباجته إلى حكم المحكمة الدستورية الذي كان سبباً في إصداره .

وفي إطار نتائج البحث الآنف ومع تقديرنا التام وفهمنا للمستقر من أن المحكمة لا تتدخل في السياسة التشريعية ولا تلتزم المشرع بتشريع معين، نرى أنه من الصالح تعديل اللائحة الداخلية لمجلس الشعب وإنشاء لجنة مستقلة يمكن تسميتها لجنة المحكمة الدستورية العليا تكون مهمتها المتابعة الدقيقة والفهم الشامل لأحكام محكمتنا الموقرة وخاصة تلك القاضية بعدم الدستورية لتوصي بما يلي :

أ - الإلغاء الرسمي للقانون المقضى بعدم دستوريته إذ لا معنى لاستمرار وجوده بعد إبطاله من قبل المحكمة .

ب - اقتراح مشروع القانون الذى يتلافى العوار الدستورى الذى ألم بالقانون المفضى بعدم دستوريته إذ قد تقتضى ظروف الحال عدم الحاجة لإصدار قانون فى هذا الشأن يعيد تنظيم الأمر كلية .

ج - تضمن ديباجة أى قانون يصدر استناداً لما فى ذكر فى (أ و ب) ما يفيد الاطلاع على الحكم الصادر من المحكمة الدستورية والسبب للأمر ، وفى هذا إرجاع الفضل لأهله من ناحية، ومن ناحية أخرى توثيق دور المحكمة وتعضيده فى عين كل من يطلع على القانون .

د - تطبيق المبادئ السامية التى تقررها محكمتنا على القوانين المشابهة ليقوم مجلس الشعب بالغائها أو إصلاح عوارها حسب الأحوال ، دون انتظار حكم من المحكمة بشأنها إذ قد يستغرق ذلك الأمر سنين عدداً، وليس من مصلحة استقرار الأوضاع الإبقاء على قانون منتظر القضاء بعدم دستوريته مستقبلاً والأمر كله مرده إلى الوقت والظروف .

ونرى أن هذا الدور الأخير هو أهم أدور اللجنة المقترحة على الإطلاق .

ولو كان مجلس الشعب يقوم بدوره المقترح فى البند (د) - حقاً - ما وجدنا ذلك الكم من القوانين غير الدستورية والتى لا زال معمولاً بها حتى تاريخه.

ونذكر مثالا لذلك القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ بشأن الغرف التجارية والذى يقصر بمادتيه الخامسة والسابعة حق الانتخاب والترشيح لتلك الغرف للتجار الذكور دون الإناث .

ومن الطلى أن قانوننا هذا حاله يكون مشبوهاً بالبداهة فى دستوريته من واجهته .

ونرى أن ما قضت به المحكمة بحكمها الصادر فى الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١٨ ق بعدم دستورية المادة ٤٥ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ ألا تزيد على مدة معينة مدة الإجازة السنوية التى يجوز أن يضمها العامل ولو كان الحرمان من هذه الإجازة فيما جاوز من رصيدها هذا الحد الأقصى عائداً إلى رب العمل، يقتضى من المشرع والحال كذلك توحيد الأمر وتعديل ما ماثل النص الأنف بالقانونين رقمى ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بشأن العاملين المدنيين بالدولة و ٤٨ لسنة ١٩٧٨ بشأن العاملين بالقطاع العام .

والأمر واضح بحيث لا يجب التخاذل فيه .

١١ - إذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد انتهت إلى اقتصار ولايتها على الأحكام الشرعية القطعية - ثبوتاً ودلالة ، لمراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، أما الأحكام الظنية فإن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً فى إطار الأصول الكلية للشرعية ، لكفالة صون المقاصد العامة لها ، فإننا نرى أنه فى إطار تلك المهمة التى قيدت المحكمة نفسها بها، فإن الأمر يحتاج إلى الاستعانة برأى رجال الدين ، لذا نقترح تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بحيث يجب أخذ رأى المفتى فى كل طعن جدى من وجهة نظر المحكمة الدستورية العليا يتعلق بمخالفة نص ما للشرعية الإسلامية تطبيقاً للمادة الثانية من الدستور بعد تعديله سنة ١٩٨٠ . وإذا كان قانون الإجراءات الجنائية يلزم أخذ رأى المفتى قبل الحكم بالإعدام فإننا نعتقد أن إعدام مجرم فى جريمة ما ليس بأبلغ شأنًا ولا أعظم أثراً من إبطال نص ما .

وبعد فإن الذى دفعنا إلى تقديم الاقتراحات المتعلقة بتقوية المحكمة إنما مرده إلى أن مصرنا

الحبيبية تنتمى لدول العالم الثالث ، ويكاد يكون من الصعب السيطرة على النظام الانتخابى بما يؤدى لتمثيل صحيح للسلطة التشريعية يعبر حقا عن الإرادة الشعبية .

وعلى ذلك فمن غير المتصور إلا أن يكون المجلس التشريعى أداة طيعة فى يد السلطة التنفيذية التى تشكل من الحزب الحاكم.

وما دامت أحزاب المعارضة ليست ذات شأن داخل المجلس التشريعى فليس من المتصور أن يكون لها دور فى التشريع ، وإن كانت - حقا - قد ساهمت فى بعض الأحيان فى إحداث قضايا دستورية هامة .

فإذا صار الأمر على ذلك النحو فلا يمكن أن نجعل المحكمة الدستورية العليا تتصدى للقوانين غير الدستورية التى هى فى أكثرها ناجمة عن فكر وتأثير السلطة التنفيذية ، دون أن نقوى هذه المحكمة بقدر الإمكان لتحقيق التوازن المطلوب.

وتقوية المحكمة وتوفير كافة الإمكانيات لها ليس مستغربا بل هو موجود فى دول العالم الأول أيضا. وأية ذلك أنه ما يكاد الرئيس الأمريكى ينتخب حتى سرعان ما تنتهى مدة ولايته المقدرة بأربع سنوات ، بينما نجد أن رئيس وقضاة المحكمة العليا هناك مدة خدمتهم مدى الحياة.

كما أن رئيس المحكمة الدستورية الألمانية أصبح يتساوى مع رئيس البرلمان فى التزام الدولة بتوفير طائرة خاصة له فى تنقلاته.

وجريا وراء ذات السياق يقترح⁽⁴⁵⁾ أحد الفقهاء تعديل اختصاص المحكمة الدستورية العليا لتستوعب الطعن فى مدى دستورية الأحكام النهائية والباتة التى تمثل مصدرا من مصادر الشرعية والتى ينازع فى دستورتها، ونحن من جانبنا لا نملك إلا رفض هذا الاقتراح لأنه وأيما كانت الأسباب التى يبنى عليها فإن مؤداه العصف باستقلال القضاء وهدم أركانه إذ يجعل هذا الاقتراح من الأحكام مجرد توصية ويجعل المحكمة مهيمنة على النظام القضائى المصرى خلافا لنص المادة (١٧٥) من الدستور، وقد كان ذلك سببا رئيسيا لسحب مشروع قانون المحكمة المقدم لمجلس الشعب قبل مشروع القانون الحالى والذى انطوى على نص مقارب على النحو الذى ذكرناه سلفا⁽⁴⁶⁾.

ورغم أننا نؤمن بضرورة تقوية المحكمة قدر الإمكان إلا أن ذلك لا يصل بنا أبدا إلى الشطط فى ذلك ، إذ لا بد من تذكر مبادئ التقيد الذاتى وخطأ الاعتقاد فى السيادة القضائية المطلقة للمحكمة أو أن المحكمة هى الدستور ، إذ نظن أن هناك خططا رفيعا يصل الإفراط فى الرقابة بالتفريط فيها يجب التنبيه إليه والتعامل معه بدقة، كما يجب تذكر مبدأ الحوار⁽⁴⁷⁾ الدستورى سالف الإشارة.

هذا واحترام حجية الأحكام القضائية وارد فى المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية ولا يجوز أبدا اقتحامه والإخلال به .

والتقدم الحقيقى لأى نظام دستورى يقاس بقدرة هذا النظام على إصلاح أخطائه وتدارك عثراته من خلال آليات وتركيبات تنظيمية تتولى من داخله إصلاح تلك الأخطاء ، ووجود المحكمة الدستورية العليا عندنا يشكل الضمان الأكبر للالتزام بالمشروع حدود الدستور ولتوفير الضمانات الفعالة فى حماية الحقوق والحريات ، ومن ثم لا ينبغي لأحد أن يضيق بالمحكمة أو يذهل من دورها الدستورى⁽⁴⁸⁾ .

وحتى كتابة هذه السطور لازالت محكمتنا الدستورية تسوق كل الهامات وتنطلق بوقود الحق والعدل وضمير شيوخها الأجلة الذين يزنون الأمور بموازين دقيقة وحساسة للتغيرات الاجتماعية

والاقتصادية والسياسية وذلك لمواكبة التطلعات نحو الغد المأمول والمستقبل الأفضل على مشارف القرن الواحد والعشرين .

والمحكمة مقدامة لا تخشى فى الحق لومة لائم دون إفراط أو تفريط رغم أنها أكثر محاكمنا احتكاكا بالسلطة .

وإذا كانت هناك أصوات تسعى للنيل من المحكمة كلما حانت لها الفرصة فإن الله الذى حفظ أرض الكنانة حفظ حامية الكنانة - محكمتنا المبجلة - من كل سوء.

وقد شهدت الساعات الأخيرة من عام ١٩٩٧ هزيمة منكرة لخصوم الديمقراطية حينما رفضت لجنة الاقتراحات والشكاوى بمجلس الشعب مشروع قانون يستهدف تعديل قانون المحكمة بما يجعل حكمها بعدم الدستورية يمكن التغلب عليه بالأغلبية العادية بالمجلس.

ولا بد أن عين الله الساهرة هي التى حالت دون تمرير هذا المشروع الآثم.

ونأمل أن تفشل مستقبلا كل المحاولات التى تحاول النيل من الدور الدستوري للمحكمة، إذ إن تلك المحاولات فى حقيقتها لا تمثل خطأ قانونيا فحسب وإنما كلفاً قانونيا - إن جاز هذا التعبير .

هوامشر الباب الخامس

- (1) راجع :
Roland Kahn, The Supreme Court as a Counter Majoritarian Institution, 1 Detroit College of Law Review, 1994, p. 16 . s.
- (2) راجع عرض تفصيلي للنظرية التي نادى بها دال :
Robert Dahl, Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker. 6J. P.L. 279-285 (1957).
- (3) راجع في استعراض تفصيلي لنظريات جيرالد روزنبرج ومارك جرابر وماورتن شايبير
Ronald Kahn, The Supreme Court as a Counter Majoritarian Institution, Op. cit, p. 22 . s.
- (4) راجع :
Planned Parenthood v. Casey, 112 S.Ct. 2791 (1992).
- (5) ونص العبارة حرفيا:
Some of us as individuals find abortion offensive to our most basic principles of morality, but that cannot control our decision. Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code.
- راجع تلك العبارة بالمرجع السابق، ص ٢٨٠٦
(6) ونص عبارة حرفيا والتي وردت في رايه المؤيد للحكم:
"What has happened today should serve as a model for future Justices and as a warning to all who have tried to turn this Court into yet another political branch"
- راجع تلك العبارة في المرجع السابق، ص ٢٨٤٥ .
(7) من هذه القضايا قضية Criswold v. Connecticut والتي قضت فيها المحكمة بعدم دستورية القانون الذي يحرم استعمال وسائل منع الحمل بواسطة الأزواج بحسبانه يمثل انتهاكا للحقوق الأساسية للزوجين في الخصوصية . راجع في تفاصيل تلك القضية . (1965) 381 U. S. 479 . كما سبق للمحكمة أن قررت في قضية لاحقة "Eisenstadt v. Baird" عدم دستورية قانون صادر عن إحدى الولايات يحرم توزيع وسائل منع الحمل على غير المتزوجين إذ وجدت الأغلبية ن هذه المعاملة لغير المتزوجين تنتهك فقرة الحماية للمساوية .
- راجع تلك القضية في (1972) 405 U.S. 438 .
- (8) راجع مقالة :
Lockland H. Bloom, Jr. Taking the People Seriously, 79 Cornell L.R., 1994, p. 886 - 887 .
- (9) من ضمن أحكام القرن العشرين سلسلة المعنى قضية براون سنة ١٩٥٤ وقضية
Powell v. Alabama, 287 U.S 45 (1932) .
- (10) من ضمن القضايا صعبة الفهم قضية :
Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).
- وقد اعتبرها الفقيه جولد شران في مؤلفه The Intelligible Constitution . مثالا للأحكام المعيبة راجع ذلك في مقالة
Lockland H. Bloom, Jr. Op.cit, p 887 .
- (11) حرصنا بصدد معظم أحكام المحكمة العليا الواردة بهذه الرسالة على الإشارة بهامشها إلى كيفية العثور على تلك الأحكام بتلك المجموعة القمية .
- (12) ومثال ذلك الحكم في قضية فورمان المتعلقة بعقوبة الإعدام حيث كتبت أراء القضاة في (٢٢١) صفحة . راجع في ذلك .
Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972) .
- (13) راجع مقالة :
Abner J. Mikva, The Care And Feeding Of The United States Constitution, 91 Michigan L.R., May 1993, p 1133.s.
- (14) ومثال ذلك أنه في قضية :
Payne v. Tennessee, 111 S. Ct. 2597, 2619 (1991) .
- اتهم القاضي مارشال الصغير الأغلبية بتجاوز سلطاتها بلا منطوق وبصورة تدعو إلى القائمة الجامعة للسوابق . وفي قضية :
Webster v. Reproductive Health Services . 492 U.S 490 - 537 (1989) or 109 S Ct 3040 (1989)
- هاجم القاضي سكاليا القاضي ساندرا لعمد وغيتها في إلغاء سابقة رو. وفي ذات القضية اتهم بلاكان الأغلبية بعدم الأمانة وسوء النية. وفي قضية:
City of Richmond, 488 U.S 469 (1989) .
- اتهم القاضي مارشال الصغير الأغلبية بتجاوز بارعة في خداعها.
- (15) رأس السيد المستشار الدكتور / عرض المر المحكمة اعتباراً من ١ / ٧ / ١٩٩١ . حتى ك / ١٩٩٨ / ٧ .
- (16) راجع مستشار د/ عادل عمر شريف ، المحكمة العليا وتطوير الأداء القضائي ، الأهرام ، ١٢ / ١٦ / ١٩٩٦ .
- (17) راجع بحث د/ كمال أبو المجد ، محكمة وران والحريات العامة ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٤٨ ، العددان الأول

والثاني، ١٩٧١ .

(18) الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ ق دستورية . جلسة ٢ / ٢ / ١٩٩٧ .
(19) راجع في ذلك بحث الأستاذ / محمد ماهر محمد على للقلم بنقطة صناديق الاستثمار في مصر بعنوان تجرية صناديق الاستثمار في مصر ، جامعة الأزهر ، غير منشور .

(20) راجع حكم المحكمة في الدعوى رقم ٩ لسنة ١٨ ق دستورية ، جلسة ٢٢ / ٢ / ١٩٩٧ .

(21) في ذلك تصريح السيد إسماعيل حسن / محافظ البنك المركزي ، ١٩٩٧ / ١٢ / ٢٣ .

(22) حكم المحكمة في الدعوى رقم ٤٤ لسنة ١٧ ق دستورية ، جلسة ٢٢ / ٢ / ١٩٩٧ .

(23) راجع تحليل أحكام المحكمة المنطقة بالعلاقات الإيجابية ص ٧٠ وما بعدها من هذه الرسالة .

(24) راجع د/ أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات « الطبيعة الرباعية » ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٧٨ ، ٧٩ ، بند ٣٦ .

(25) راجع د/ وهيب عياد سلامة ، أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها ، المرجع السابق ، ص ٥٠ - ٥٢ .

(26) من ذلك كثير من الآراء المحتجة للقاضي هولمز وبراندينز .

(27) راجع في الطريقة المقترحة لاشتراك السلطات الثلاث في تشكيل المحكمة ص ١٥٥ - ١٥٨ و ص ١٧٢ من هذه الرسالة .

(28) الإمام أبو حنيفة يجهن المرأة أن تقضى فيما تصح شهادتها فيه كما أن ابن جرير الطبري قد أجاز تضاعفها في جميع الأحكام ، وهذا يثبت أن المسألة خلافية .

- راجع د/ سليمان الطعاني ، السلطات الثلاث ، المرجع السابق ص ٤٧٥ ، هامش ص ٤٨٩ .
- د/ جمال الطيفي ، آراء في الشريعة وفي الحرية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٠ ، ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

(29) الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، ملف رقم ١٣ / ٩٧٦ .

(30) راجع فتوى اللجنة الثالثة بقسم الفتوى بجلساتها المنعقدة في ٤ / ٤ / ٨٨ .

(31) راجع د. هشام صادق ، تنازع القوانين ، طبعة ١٩٨٤ ، ص ٢٦ ، ٢٧ .

(32) تطبق المحكمة الدستورية العليا هذا المعيار على نفسها بوصفها من قبيل القلوبيد الذاتية القضائية فتؤكد أنه على المحكمة الدستورية « وكشرط أولى لممارستها رقابتها الدستورية - أن تستوثق مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المظنون عليه ، على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته » .

راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٥ لسنة ٩ ق دستورية ، جلسة ١٤ / ٨ / ١٩٩٤ ، الجزء السادس ، ص ٣٣٢ .

(33) راجع الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، ملف رقم ٤٧ / ٢ / ٤١٧ .

(34) ينص الدستور في المادة (١١٤) منه على أنه :
يقر مجلس الشعب الخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية ويحدد القانون طريقة إعداد الخطة وعرضها على مجلس الشعب .

وينص في المادة ١٢١ منه على أنه :

لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يرتبط عليه إنفاق مبالغ من خزينة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب .

(35) راجع الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ملف رقم ١٣ / ٢ / ١٩٨٤ ، جلسة ١٣ / ٤ / ١٩٨٤ ، ملف رقم ١١ / ١٤ / ٥٤ ، جلسة ١١ / ٨ / ١٩٨٤ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء ١٩ ، ص ٧٦٠ ، ٧٦١ .

(36) ينص القرار الجمهوري ١١٥ لسنة ١٩٦٨ في مادته الأولى على أن « يؤذن لوزير الخزانة نيابة عن الحكومة في أن يضعن الهيئات العامة والمؤسسات العامة فيما تحصل عليه من قروض وذلك بالشروط والأوضاع التي يحددها بقرار منه » .

(37) راجع ملف الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٢٧ / ٢ / ٥٤١ .

(38) راجع افتراض البراءة بالبواب الثالث من هذه الرسالة ص ٢٠٩ وما بعدها .

(39) يتشرف الباحث بأنه أعد التقريرين المتعلقين بالمثال الأول والثالث وشارك في إعداد تقرير المثال الثاني ، حيث أخذت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بال رأي الذي رجحه .

(40) أكدت المحكمة الدستورية العليا المعنى الألف عندما قضت بأن « الشريعة الدستورية التي تقوم المحكمة الدستورية العليا على مراقبة التقيد بها ، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية مطابقة لأحكام الدستور ، وتبدياً هذه الشريعة من البيان القانوني في الدولة القمّة من مدارجها ، وهي فرع من خضوع الدولة للقانون والتزامها بضوابطه ولا يجوز بالتالي لأيّة محكمة أو هيئة = اختصاصها المشرع بالفصل في نزاع معين فصلاً قضائياً - وأياً كان موقعها من الجهة القضائية التي تنتمي إليها - إعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية . ذلك أن قيام هذه الشبهة لديها يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا التي تتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية . لتقول كلمتها القاطعة فيها ، بما مؤيدها أنه كلما بدا لأيّة جهة أو هيئة أولاًها المشرع سلطة الفصل في الخصومة بإكملها أو في بعض جوانبها ، أن التعارض المدعى به أمامها بين النص التشريعي الأدنى والقاعدة الدستورية التي تحتل مرتبة الصدارة بين قواعد النظام العام ، حملوا على أسس تظاهره من وجهة مبدئية غير متعمقة بخاتل للطلعن الدستورية فلا يجوز لهذه الجهة أو الهيئة ، أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستور ، ولا أن تنحيتها جانباً بل يتعين عليها - ولو كان بحثها منحصرًا في مسائل القانون دون غيرها - إما أن تحيل بنفسها ما ارتكبه من تعارض بين نص تشريعي وقاعدة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا ليكون قضاؤها في شأن هذا التعارض قولاً فصلاً ، وإما أن توفر للخصم الذي دفع أمامها بعدم دستورية نص تشريعي ، وكان دفعه جنباً ، مكته عرض دعواه على المحكمة الدستورية العليا عن طريق تخويلها إياه حق رفعها إليها خلال الأجل الذي تحدده .

راجع الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢ ق دستورية جلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣ ، الجزء الخامس المجلد الثاني ، ص ٣٤٣ .
ولعل المرء يتساءل عن كيفية إعمال وتطبيق ما نادى به هذا الحكم القيم إذ كان الفكر الدستوري لدى قاضى الموضوع غير كاف ، وهو الأمر الذى يحيد ويدعو إلى ضرورة العمل على تطويره.

(41) راجع للحكمة الدستورية العليا ، الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٢ ق « تنازع » ، مجموعة الجزء الأول ، ص ٣٧٩ .

(42) راجع فى شرح هذا المعدل ص ١٠٩ وما بعدها من هذه الرسالة

(43) راجع التفاصيل ص ٣٢٤ وما بعدها من هذه الرسالة .

(44) راجع الأحكام محل البحث - تفصيلا - بالباب التحليلي بهذه الرسالة ، ص ١٨٩ وما بعدها.

(45) راجع رسالة د/ مجدى المتولى السيد يوسف ، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٠ ، ص ٣٨٤ - ٣٨٧ حيث يقترح النص الآتى:

لرئيس الدولة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب رؤساء المؤسسات الدستورية استنادا إلى المادة ٧٣ من الدستور أن يحيل إلى المحكمة الدستورية العليا أى حكم عيني يكون فاصلا فصلا باتا فى خصوصية الدولة طرفا فيها لتقرير مدى دستوريته على أن يتم ذلك فى غضون مدة ستين يوما من تاريخ صدور الحكم باتا وتبدى المحكمة الدستورية العليا رأيها فى دستورية ذلك الحكم فى مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ إحالته إليها ويكون رأى المحكمة ملزما لجميع مؤسسات الدولة.

(46) راجع الهامش رقم ١٢١ ص ٨١ من هذا الكتاب .

(47) راجع ص ٣٣٢ - ٣٢٤ من هذه الرسالة

(48) راجع د. كمال أبو المجد ، دور المحكمة الدستورية فى حماية الحقوق والحريات ، الأهرام، ٢٧/٢/ ١٩٩٦ .

ب - أبحاث وتعليقات ومقالات وأحاديث

د / أحمد فتحى سرور

حديث بعنوان:

مطلوب تغيير قانون المحكمة الدستورية وليست هناك نية مبيتة ضدها .

حديث لجنة المصور ، العدد ٢٧٢٧ ، بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٩٦ .

د / أحمد كمال أبوالمجد

- المذكرتان الأصلية والتكميلية بشأن الدعوى رقم ٢٧ لسنة ٩ ق دستورية بتاريخ ٥/٤/ ١٩٩٠ ، ٢٤ / ٤ / ١٩٩٠ .

محاضرة بنوّة استقلال القضاء .

مجلة القضاء، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠ .

مقالتان بعنوان :

- المحكمة الدستورية ومبادئ الشريعة وحق الحاضنة فى مسكن الزوجية.

الأهرام، ٨ / ٢ / ١٩٩٦ .

- دور المحكمة الدستورية فى حماية الحقوق والحريات .

الأهرام، ٢٧ / ٢ / ١٩٩٦ .

مقالتان بعنوان :

- المحكمة الدستورية وحدود سلطتها.

الأهرام ، ٢٦ / ٥ / ١٩٩٧ ، ٢ / ٦ / ١٩٩٧ .

أ / أحمد كمال خالد

حديث بعنوان :

حكاية المحامى الذى كان وراء حل مجلس الشعب .

مجلة أكتوبر ، ٢٧ / ٥ / ١٩٩٠ .

المستشار السيد على السيد

رقابة القضاء لدستورية القوانين .

مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، يناير ١٩٥٠، مطبعة جامعة فؤاد الأول .

د / جلال إبراهيم

مقالة بعنوان.

بعض الملاحظات حول القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ .

الأهرام ، ٨ / ٥ / ١٩٩٧ .

د / جمال العطيضى

ملاحظات حول المحكمة العليا .

مجلة المحاماة ، العدد الأول ، السنة ٥٠ .

الملاحق

- المراجع
- بيان لأهم المختصرات
- الفهرس

المراجع .

أولا : باللغة العربية

أ - المؤلفات العامة والرسائل

مستشار د / إبراهيم محمد حستين

رسالة/ الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ج.م.ع وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وأثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا.
دار أبو الفضل ، ١٩٩٦ .

د. / أحمد أبو الوفا

نظرية الأحكام في قانون المرافعات .
الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، ١٩٨٠ .

د / أحمد فتحى سرور

الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية .
دار النهضة العربية، ١٩٩٥ .

د / أحمد كمال أبو المجد

رسالة / الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر. دار النهضة العربية، ١٩٦٠ .

أ/ أحمد كمال حسن خالد ، المحامى،

الصراع مع ترزية القوانين ، ثلاث سنوات دفاعا عن الدستور.
دار النصر للطباعة الإسلامية ، ١٩٨٩ .

د / السيد صبرى

مبادئ القانون الدستورى
الطبعة الرابعة ، مكتبة عبد الله وهبة ، ١٩٤٩ .

د / بطرس غالى ، د / محمود عيسى .

المدخل في علم السياسة .
الطبعة السادسة ، مكتبة الأنجلو المصرية ، ١٩٨٢ .

د / ثروت بدوى

- النظم السياسية .
الجزء الأول ، دار النهضة العربية، ١٩٦٢ .

- القانون الدستورى

دار النهضة العربية ، ١٩٧١ .

* القائمة المتبعة بالمتن تضم أهم المراجع ، وثمة مراجع عديدة أخرى اكتفينا بصدها بالإشارة إليها في مواضع الاسترشاد بها .

د./جمال العطيضي

آراء في الشرعية وفي الحرية .
الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٨٠ .

د./جورجي شفيق ساري

-- اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير «النطاق - الشروط - الأثر». دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .
- الحماية القضائية في مواجهة الإجراءات والتدابير المتخذة بناء على المادة ٧٤ من الدستور .
دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .

مستشار د / حنّى على جبالى

رسالة / المسئولية عن القوانين «دراسة مقارنة».
جامعة عين شمس ، ١٩٨٧ .

أ - خليل جريح

الرقابة القضائية على أعمال التشريع .
مطبعة الجبالى ، ١٩٧١ .

د/رؤوف عبيد

الرقابة على الدستورية والشرعية في المواد الجنائية .
مطبعة الاستقلال الكبرى ، ١٩٧٩ .

د/رمزي طه الشاعر

- الأيديولوجية وأثرها في الأنظمة السياسية المعاصرة
مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٧٩
- النظرية العامة للقانون الدستوري .
دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ .

د/ سامي جمال الدين

القضاء الإدارى .
دار الجامعات الجديدة للنشر بالإسكندرية ، بدون سنة نشر .

د/سعاد الشرقاى

النظم السياسية في العالم المعاصر .
الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ .
وبالاشتراك مع المستشار د / عبدالله ناصف .
نظم الانتخابات في العالم وفي مصر .
دار النهضة العربية ، مارس ١٩٨٤ .

د/سعد عصقور

- المبادئ الأساسية في القانون الدستوري ، والنظم السياسية .

منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٠

- النظام الدستوري المصري تستور ١٩٧١.

منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠.

د/سليمان الصلماوي

- قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام.

دار الفكر العربي ، ١٩٧٧ .

- السلطات الثلاث في الدساتير المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي. الطبعة الخامسة ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٨٦ .

د/شمس ميرغني

القانون الدستوري .

مطبعة دار التكليف ، ١٩٧٧ .

د/صلاح الدين فوزي

- المجلس الدستوري الفرنسي.

دار النهضة العربية ، ١٩٩٢

- الدعوى الدستورية.

دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .

د/طارق فتح الله خضر

رسالة / دور الأحزاب السياسية في ظل النظام النيابي .

جامعة عين شمس ، ١٩٨٦ .

د / طعيمة الجرف

شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الإداري .

مكتبة القاهرة الحديثة ، بدون سنة نشر .

مستشار / طه أبو الخير

حرية الدفاع .

منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٧١ .

د / عادل عبد الرحمن خليل

- التفويض غير التشريعي في القانون الأمريكي والمصري . «دراسة تطبيقية». دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .

- الحكم المحلي في الولايات المتحدة الأمريكية.

دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .

- مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر.

دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .

مستشار د/عادل عمر شريف

رسالة / قضاء الدستورية « القضاء الدستوري في مصر » .
مطابع دار الشعب بالقاهرة ، ١٩٨٨ .

د/عبد الحميد متولى

- مشكلة إصلاح نظام الانتخاب في مصر .
مطبعة دار نشر الثقافة ، ١٩٤٨ .
- الوسيط في القانون الدستوري .
الطبعة الأولى ، دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية ، ١٩٥٦ .

د/عبد الرزاق السنهوري

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (٣) ،
دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٨ .

د/عبد السلام ذهني

مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة من الناحيتين الفقهية والقضائية .
مطبعة الاعتماد ، ١٩٢٩ .

د/عبد العزيز محمد محمد سالم

رسالة / رقابة دستورية القوانين
جامعة عين شمس ، ١٩٩٤ .

د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد

الرقابة على دستورية القوانين « دراسة مقارنة » .
الولاء للطبع والنشر بشبين الكوم ، ١٩٩١ .

د / عبد المنعم محفوظ

القضاء الدستوري في مصر .
الطبعة الأولى ، بدون دار نشر ، ١٩٩١ .

د. عزيزة الشريف

دراسة في الرقابة على دستورية التشريع .
مطبعة الفيصل بالكويت ، ١٩٩٥ .

د/على السيد الباز

- رسالة / الرقابة على دستورية القوانين في مصر .
دار الجامعات المصرية بالإسكندرية، ١٩٧٨ .
- الحقوق والحريات والواجبات العامة في دساتير دول مجلس التعاون الخليجي مع المقارنة بمصر .
توزيع دار الجامعات المصرية، بدون سنة نشر .

د / على حسين نجيدة

الرقابة على دستورية القوانين - المحكمة الدستورية العليا - طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها.
دار الفكر العربي، بدون سنة نشر .

د / عمر حلمي

ملاحظات حول حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون الانتخاب رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ومشكلة تمثيل المستقلين.
دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .

د / عمرو هؤاد بركات

القوانين الأساسية « دراسة مقارنة » .
بدون دار نشر ، ١٩٨٨ .
- مبادئ القانون الدستوري « دراسة مقارنة » .
بدون دار نشر ، ١٩٨٩ .

د / فتحي عبد النبي الوحيدى

رسالة / ضمانات نفاذ القواعد الدستورية .
جامعة القاهرة، ١٩٨٢ .

د / مجدى المتولى السيد يوسف

رسالة / أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية « دراسة مقارنة » .
جامعة عين شمس ، ١٩٩٠ .

د / محسن العبودى

الاختصاص بالفصل فى صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب .
دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ .

د / محمد حسنين عبد العال

القانون الدستوري .
دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ .

د / محمد صلاح عبد البليغ السيد

قضاء الدستورية فى مصر .
الطبعة الأولى ١٩٩٣ - ١٩٩٤ ، بدون دار نشر .

د / محمد طه بدوى

مبادئ القانون العامة والنظم السياسية الإدارية .
دار المعارف بالإسكندرية ، طبعة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ .

د / محمد عبد الحميد أبو زيد

سيادة الدستور وضمان تطبيقه .
دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ .

د/ محمد عزمى البكرى

شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الإجراءات .
دار محمد للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ .

د/ محمد قلدري حسن

الاستفتاء في النظام الدستوري المصري .
بنون دار نشر ، ١٩٩١ .

د/ محمد كامل عبيد

رسالة / استقلال القضاء « دراسة مقارنة » .
الطبعة الأولى، مكتب جى جى للالات الكاتبة ، ١٩٨٨ .

د/ محمد كامل ليلة

القانون الدستوري .
دار الفكر العربى ، ١٩٧١ .
الرقابة على أعمال الإدارة .
دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٠ .

مستشار د/ محمد ماهر أبو العنين

رسالة / الانحراف التشريعى والرقابة على دستوريته « دراسة تطبيقية فى مصر » .
جامعة القاهرة ، ١٩٨٧ .

د/ محمد مرغنى خيرى

قضاء التعويض ومبدأ المسئولية المدنية للدولة والسلطات العامة .
(الكتاب الثانى)، بنون دار نشر، ١٩٩٤ .

مستشار / محمد نصر الدين كامل

اختصاص المحكمة الدستورية العليا .
عالم الكتب، ١٩٨٩ .

د/ محمود حافظ

القرار الإدارى .
الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر .

د/ مصطفى أبو زيد فهمى

الدستور المصرى فقهاً وقضاً .
الطبعة التاسعة ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٦ .

د/ نعمان الخطيب

رسالة / الأحزاب السياسية ونورها فى أنظمة الحكم .
جامعة عين شمس، ١٩٨٢ .

د/ نهى عثمان الزينى

رسالة / مسئولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية «دراسة مقارنة» .
جامعة القاهرة، ١٩٨٦ .

د/ هشام صادق

تنازع القوانين .

بدون دار نشر ، ١٩٨٤ .

د/ وحيد رأفت ، د/ وايت إبراهيم

القانون الدستوري .

المطبعة العصرية ، ١٩٣٧ .

د/ يسرى محمد العصار

شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفي الدعوى الدستورية «دراسة مقارنة» . دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ .

ب - أبحاث وتعليقات ومقالات وأحاديث

د / أحمد فتحي سرور

حديث بعنوان:

مطلوب تغيير قانون المحكمة الدستورية وليست هناك نية مبيتة ضدها .
حديث لمجلة المصور ، العدد ٢٧٢٧ ، بتاريخ ١٥ / ٢ / ١٩٩٦ .

د / أحمد كمال أبوالمجد

- المذكرتان الأصلية والتكميلية بشأن الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية بتاريخ ١٥/٤/ ١٩٩٠ ، ٢٤ / ٤ / ١٩٩٠ .
محاضرة بنود استقلال القضاء .
مجلة القضاء، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠ .
مقالتان بعنوان :

- المحكمة الدستورية ومبادئ الشريعة وحق الحاضنة في مسكن الزوجية .
الأهرام، ٨ / ٢ / ١٩٩٦ .

- دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات .
الأهرام، ٢٧ / ٢ / ١٩٩٦ .

مقالتان بعنوان :

- المحكمة الدستورية وحدود سلطتها .
الأهرام ، ٢٦ / ٥ / ١٩٩٧ ، ٢ / ٦ / ١٩٩٧ .

أ / أحمد كمال خالد

حديث بعنوان :

حكاية المحامي الذي كان وراء حل مجلس الشعب .
مجلة أكتوبر ، ٢٧ / ٥ / ١٩٩٠ .

المستشار السيد على السيد

رقابة القضاء لدستورية القوانين .
مجلة مجلس النولة، السنة الأولى، يناير ١٩٥٠، مطبعة جامعة فؤاد الأول .

د / جلال إبراهيم

مقالة بعنوان:

بعض الملاحظات حول القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ .
الأهرام ، ٨ / ٥ / ١٩٩٧ .

د / جمال العطيض

ملاحظات حول المحكمة العليا .
مجلة المحاماة ، العدد الأول ، السنة ٥٠ .

مستشار / جميل قلّاس

مقالة بعنوان:

المادة ٦٠١ لا تجيز توريث عقود الإيجار .
الأهرام ، ٤ / ٤ / ١٩٩٧ .

د/ سعاد الشرفاوى

مقالة بعنوان:

فى البحث عن الخطوة التالية.
الأهرام ، ٧ / ٧ / ١٩٩٠ .

مستشار / سعيد العشماوى

مقالة بعنوان:

الخطر فى تزايد أسباب المحاكم .
مجلة أكتوبر ، ١٢ / ١٠ / ١٩٩٦ .

د/ سليمان الطماوى

تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى مايو ١٩٩٠ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية.
مجلة العلوم الإدارية ، السنة ٣٢ ، العدد الأول ، يونيو ١٩٩٠ .
الأساليب المختلفة لرقابة دستورية القوانين .
مجلة العلوم الإدارية ، السنة ٣٢ ، العدد الثانى ، ديسمبر ١٩٩٠ .

د/ سمير قناغوا

مقالة بعنوان:

لا تستعملوا فى تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ .
الأهرام ، ٢٥ / ٣ / ١٩٩٧ .

مستشار طه أبو الخير

مقالة بعنوان:

المحكمة الدستورية وسؤال فى الامتحان .
الأهرام ، ٢٥ / ٦ / ١٩٩٦ .

مستشار د/ عادل عمر شريف

مقالتان بعنوان:

- حصن الشرعية الدستورية .
الأهرام ، ٣ / ١ / ١٩٩٦ .
- المحكمة العليا وتطور الأداء القضائى .
الأهرام ، ١٦ / ١٢ / ١٩٩٦ .

د/ عبد الرزاق السنهورى

مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية.

مجلة مجلس الدولة ، يناير ١٩٥٢ .

مستشار / عبد المنعم إسحاق

مقالة بعنوان:

ما مصير الشركات القائمة في الأماكن المؤجرة ؟.

الأهرام ، ١٩ / ٧ / ١٩٩٦ .

مستشار / عزيز أنيس

مقالة بعنوان:

شروط الطعن بالنقض على أحكام المحكمة العليا للقيم،

الأهرام ، ٢١ / ٢ / ١٩٩٧ .

مستشار / على الصادق

بحث بعنوان.

رقابة القضاء على السلطة التشريعية

مذكرات مطبوعة بالمركز القومي للدراسات القضائية .

مستشار د / عوض محمد عوض الحر

مقدمة الجزء السادس لأحكام المحكمة الدستورية العليا

حديث بعنوان

» دعم المحكمة الدستورية ضمانات جوهرية للديمقراطية «.

المصور ، العدد ٣٧٢٨ ، ٢٢ / ٣ / ١٩٩٦ .

مستشار / محمد السيد زهران

الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا .

مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الأول ، السنة الرابعة عشر .

مستشار / محمد حامد الجمل

حديث بعنوان:

المنع بأمر المحكمة .

الأهرام ، ١٢ / ١٠ / ١٩٩٦

د / محمد عصفور

مقالة بعنوان:

هل تحول القضاء الدستوري إلى قضاء سياسى؟.

الوفد ، ١٧ / ٧ / ١٩٩١

أ / محمد ماهر على

تجربة صناديق الاستثمار في مصر.

بحث مقدم لنوة صناديق الاستثمار في مصر ، المنعقدة بتاريخ ٢٢ / ٣ / ١٩٩٧ بجامعة الأزهر ، مركز صالح عبدالله

كامل للاقتصاد الإسلامى.

د/ محمود عاطف البنا

الرقابة القضائية على دستورية اللوائح .

مجلة القانون ، العددان الأول والثانى ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .

مفاهيم أساسية حول الحكم بطلان تشكيل مجلس الشعب وكيفية تنفيذه ، مجلة القضاة، عدد يناير - يونيو ١٩٩٠ .

د/ مصطفى أبو زيد فهمى

مقالتان بعنوان:

- نحو نقد علمى لقضاء المحكمة الدستورية العليا .

الأهرام ، ١٧ / ٦ / ١٩٩٦ .

- نعم المحكمة الدستورية العليا خالفت الدستور والقانون.

الأهرام ، ١ / ٧ / ١٩٩٦.

د/ مصطفى كمال وصفى

طبيعة اختصاصات المحكمة العليا.

مجلة المحاماة ، العدد الرابع ، السنة ٥٠ ، إبريل ١٩٧٠ .

دكتور/ يحيى الجمل

بحث بعنوان:

- الحماية القضائية للحق فى المشاركة السياسية .

مقدم لمؤتمر دور القضاء فى حماية حقوق الإنسان، القاهرة ، ديسمبر ١٩٩٦ .

مقالة بعنوان:

- المحكمة الدستورية العليا .

الأهرام ، ٢٩ / ٢ / ١٩٩٧ .

المترجمات

آلان مارنيسورث

مدخل إلى النظام التشريعي في الولايات المتحدة، ١٩٨٨ .
ترجمة د / رائد السمرة ، سنة ١٩٩٠ ، مركز الكتب الأرنى .

برفانود شفارتز

القانون في أمريكا، ١٩٧٤ .
ترجمة المستشار ياقوت العشماوى ، سنة ١٩٨٠ ، دار المعارف .

جان جاك روسو

العقد الاجتماعى.
ترجمة عادل زعير ، دار المعارف بمصر ١٩٥٤ .

فريدو. فريدلى، مارتاج هـ - اليوت

قضايا دستورية ، ١٩٨٤ .
ترجمة المستشار ياقوت العشماوى ١٩٨٨ ، دار المعارف .

ماكس سكيدمور، مارشال كارتروانك

كيف تحكم أمريكا .
الطبعة الثالثة ، ترجمة نظمي لوقا، محمد على ناصف ١٩٨٨ ، الدار الدولية للنشر والتوزيع .

(د) مجموعات والأحكام والمبادئ القانونية الدستورية

- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا « المجموعة الرسمية الصادرة عن المحكمة » .
- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا « المجموعة الصادرة عن الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية » .
- مستشار / أحمد هبة .
- موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية من يوليو سنة ١٩٨٧ حتى يوليو سنة ١٩٩٥ .
- الطبعة الأولى ، ١٩٩٥ ، بلون دار نشر .
- مستشار / رجب عبد الحكيم سليم .
- مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها حتى الآن . الكتاب الأول في إيجاز الأماكن .
- الطبعة الأولى ، دار الطباعة الحديثة ، ١٩٩٧ .
- د/ على عوض حسن .
- النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستورتها منذ إنشاء المحكمة الدستورية العليا وحتى يونيو ١٩٩٥ .
- دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٦ .
- أ/ هشام أنسور .
- الوسيط في الدستور المصري وأحكام المحكمة الدستورية العليا .
- أولاد عثمان للكمبيوتر وطباعة الأوفست ، ١٩٩٤ .
- مستشار / ياقوت العشماوي والمستشار / عبد الحميد عثمان .
- أحكام وقرارات المحكمة العليا ، الجزء الأول ، في الدعوى الدستورية .
- الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٧٣ .

ثانيا : باللغة الإنجليزية

Abney (L.D.);

Constitutional Interpretation : Moving Toward Jurisprudence of Common Sense, 67 Temple, L. Rev. (1994) :

Abraham (J.H.) ;

The Judicial Process,
4th Ed., New York, Oxford University Press, 1980.

Alstyne (V.) ;

A critical Guide to Ex. Part McCordle,
15 Aziz L.Rev. 1973.

Baum (L.) ;

The Supreme Court, 2nd Ed., CQ Press
2nd Ed., CQ Press, 1985.

Bloom (H.L., JR) ;

Taking The People Seriously,
Vol. 79 : 885 Cornell. Law, Rev. 1994.

Bork (R.);

Neutral Principles and Some First Amendment Problems,
47 Indiana, L. Journal. (1971).

Brennan (J.W.) ;

The National Court, Appeals, Another Dissent,
Chicago L. Rev. (Spring 1973).

Cordozo (N.B.) ;

The Nature of the Judicial Process,
New Haven Yale University Press, (1921).

Cospar (D.J.) ;

Lawyers Before the Warren Court, Civil Liberties and Civil Rights, 1975 - 66,
Urbans : University of Illinois Press, (1972).

Cregg (E.) ;

Is the Rehnquist Court Really as Conservative ? : An Analysis of the 1991 - 92 Term.
26 Creighton L. Rev. 1993.

Cox (A.) ;

The Court And The Condition,
Houghton Mifflin Company

Crane (R. L.) ;

Family Values and the Supreme Court,
Vol. 25 : 393 Connecticut L. Rev. 1993.

Dahl (R.) ;

Decision Making in a Democracy : The Supreme Court as a National Policy Maker,
J. Pub. Law, 1957.

Fisher (L.) ;

Constitutional Structures : Separated Powers and Federalism, Vol. 1 Of American
Constitutional Law,

Mc Graw Hill Publishing Company, 1990.

Gerhardt (J.M.) ;

A tale of two textualists : A critical comparison of Justices Black and Scalia,
Vol. 74, 25 Boston University, L. Rev. 1994.

Joldestein (J.);

The Intelligible Constitution. New York, Oxford University Press, 1992.

Gunthar (G.);

11th, Ed., The foundation Press, Inc. New York, 1985.

Kahn (R.) ;

The Supreme Court as a Counter Majoritarian Institution
Detroit College of Law Rev. (1994)

Levely (E.D.) ;

Judicial Review and the Consent of the Government , Actionist Ways and Popular Ends.
McFoland & Company, Inc. 1990.

The Constitution and Race, Praeger, 1992.

Mann (J.) ;

Avagrant Takes the Gaudade to the Court,
The American Lawyer, January, 1983.

Season of Last Causes ;

The American Lawyer, November, 1983.

McKeever (J.R.) ;

Raw Judicial power ? The Supreme Court and American Society,
Manchester University and New York, 1993.

Mikva (J.A.) ;

The Care and Feeding of the United States Constitution, Vol. 91.112 Michigan L. Rev.
May (1993).

Milman (E.J.) ;

The Emergence of Decontextualization in the equal protection Jurisprudence of the
United States Supreme Courts Vol. 29 : 669 Williamette, L. Rev. (1993).

Schauer (F.) ;

Judicial Review of the Devices of Democracy, Vol. 94 : 1326 Columbia L. Rev. (1994).

Seiarrino (J.A.) ;

The Rehnquist Court's free Exercise Collison on the Peyate Road.

Vol. 23 : 265 Cumberland L. Rev. (1993).

Segal (J.A) and Speath (J.H.):;

The Supreme Court and the Attitudinal Model, Cambridge University Press, America, 1993.

Smith (E.C.) ;

Politics in Constitutional Law,

Nelson - Hal Publishers / Chicago, 1992.

Smith (E.C) and Jones (A.A.) ;

The Rehnquist Court's A critisim and the Risk of Injustice,

Vol 26 : 53 Connecticut L. Rev. (1993) .

Spoeth (J.H.) and Pronner (S.) ;

Studies in U.S. Supreme Court Behavior.

Stephenson (G. D, JR.) :

An essential safeguard, Essays on the United Stats Supreme Court and the Justices, Greenwood Press, 1991.

Stone (R.G.) and others ;

Constitutional Law, 2nd Ed.

Little, Brown and Company, 1991

Willington (11.11.):

Interpretation the Constitution

Yale Unviersity Press, New Haven & London, 1990.

ثالثا : باللغة الفرنسية :

Barthelemy (J) et Luexz (P);

Traite de Droit Constitutinnel.

Liberaire Dalloz, Paris, 1933.

Burdeau (G.) ;

Droit Constitutionnel et institutions politiques,

17 eme Ed., L.G. D.J., Paris, 1976.

Abney (L.D.);

Corré de Malbery (B.)

Contribution à la Theorie Générale de l'Etat,

t.2, Siery, Paris, 1922.

Dugiut (L.) ;

Jes Constitutionnel et Jes Principes lois politiques de la france Depuis, 1789,

L.G. D.J. Pars, 1932.

Duverger (M.) ;

Institutions politiques et Droit Constitutionnel,

8eme Ed., Rev. F. , Paris, 1965.

Hauriou (A.) et Gicquel (J.) ;

Droit Constitutionnel et Institutions Politiques.

Septieme Ed., Editions Montehredian, Paris, 1980.

Laferriere (J)

Droit Constitutionnel,

Deuxième Edition, Editions Domat Montchrestien Paris, 1974.

Luchaire (F) et Conac (G.) ;

Ja Constitutions de la Republique française; 2eme Ed., Editions Economica, Paris, 1987.

Manuel de Droit Constitutionnel;

Librarire du Recueil , Paris, 1949.

بيان لأهم المختصرات

- "U.S." : United States Reports .

وهي المجموعة الرسمية لأحكام المحكمة العليا الأمريكية والرقم الذي يسبقها يشير إلى رقم المجلد والرقم الذي يليها يشير إلى رقم الصفحة التي ورد بها الحكم، أما الرقم الأخير فيشير إلى سنة صدور الحكم.

وحتى عام ١٨٨٢ كانت هذه المجموعة تعرف بأسماء المقررين "Reports" الذين تعاقبوا في الإشراف على إعدادها للنشر مثل "Wallace" ويشار إليه اختصاراً "Wall." والرقم الذي يسبق الاسم حين إذ يشير إلى رقم المجلد الذي يوجد به الحكم والذي صدر في عهد المقرر المذكور.

- "S.Ct." Supreme Court .

وهي المجموعة غير الرسمية لأحكام المحكمة العليا الأمريكية، ونظراً لأن الحكم يحتاج إلى فترة طويلة قبل توثيقه بالمجموعة الرسمية «حوالي ١٨ شهراً من تاريخ صدوره»، فإنه يظهر ابتداء بتلك المجموعة غير الرسمية، وتتبع ذات القاعدة الأنفة في الإشارة إلى الحكم.

- "Annals" : Annual Registration of Records.

- "A": Political Sciences Categorization in the American Journals, press and magazines.

- "R." : Recueil Des Arrêts Du Conseil d'Etat Recueil Lebon .

- "R.D. P." : Revue Du Droit Public et De la Science Politique.

الفهرس

٩	مقدمة
١٥	الباب الأول
	نشأة الرقابة الدستورية. في أمريكا ومصر
١٧	الفصل الأول: نشأة الرقابة الدستورية في أمريكا
١٧	المبحث الأول: مصادر الرقابة الدستورية
٢٩	المبحث الثاني: كيفية اختيار قضاة المحكمة العليا الأمريكية
٤١	المبحث الثالث: محل الرقابة الدستورية
٤٥	الفصل الثاني: تطور الرقابة على دستورية القوانين في النظام
	الدستوري المصري
٤٦	المبحث الأول: رقابة دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا
٥٤	المبحث الثاني: رقابة دستورية القوانين في ظل المحكمة العليا
٦١	المبحث الثالث: الرقابة على دستورية القوانين في ظل المحكمة
	الدستورية العليا
٨٥	الباب الثاني
	تحريك الرقابة الدستورية
٨٧	الفصل الأول: أساليب ممارسة رقابة الدستورية في أمريكا
٨٧	المبحث الأول: أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون
٨٨	المبحث الثاني: أسلوب أوامر المنع
٩٠	المبحث الثالث: أسلوب الأحكام التقريرية
٩٣	الفصل الثاني: كيفية تحريك الرقابة أمام المحكمة الدستورية العليا
	في مصر
٩٤	المبحث الأول: طريقة الدفع
٩٧	المبحث الثاني: طريقة الإحالة
٩٩	المبحث الثالث: الهيئات ذات الاختصاص القضائي التي تتساوى مع
	المحاكم في الأمر بالإحالة والإذن برفع الدعوى
	الدستورية
١٠٦	المبحث الرابع: طريقة التصدى
١١٥	الفصل الثالث: الرقابة أمام المحكمة العليا الأمريكية وارتباطها
	بالقضية
١١٦	المبحث الأول: التنظيم القضائي
١١٨	المبحث الثاني: الإجراءات المتخذة من المحكمة للبت في الأمر

الفصل الرابع: شروط قبول الدعوى الدستورية في مصر - - - - - ١٢١

المبحث الأول: اختصاص المحكمة أصلاً بنظر الدعوى ١٢٢

المبحث الثاني: شرط المصلحة ١٢٢

المبحث الثالث: تصريح محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية أو - - - - - ١٢٦

وجود قرار إحالة منها

المبحث الرابع: رفع الدعوى بطريقة الدفع في الميعاد من صاحب ١٢٧

الصفة

المبحث الخامس: شروط التدخل في الدعوى الدستورية ١٢٩

المبحث السادس: التعليق على موقف المحكمة الدستورية العليا من ١٣٠

شروط قبول الدعوى الدستورية

الباب الثالث - - - - - ١٣٩

تحليل الرقابة على دستورية القوانين

في القضاء الدستوري الأمريكي والمصري

الفصل الأول: التطورات الحديثة في رقابة المحكمة العليا الأمريكية - - - - - ١٤١

لدستورية القوانين

المبحث الأول: الحرية الدينية ١٤١

المبحث الثاني: القيم العائلية ١٤٥

المبحث الثالث: حق الملكية ١٤٨

المبحث الرابع: المساواة ١٥٠

المبحث الخامس: حقوق المتهمين الجنائيين ١٥٣

المبحث السادس: الفصل بين السلطات ١٥٦

المبحث السابع: الفيدرالية ١٦٤

الفصل الثاني: اتجاهات المحكمة الدستورية العليا في ممارستها - - - - - ١٦٧

للقابة على دستورية القوانين

المبحث الأول: مجال الحقوق السياسية ١٦٧

المبحث الثاني: المجال الاقتصادي ١٨٩

المبحث الثالث: مجال الحقوق الجنائية ٢٠٨

المبحث الرابع: مجال الشريعة الإسلامية ٢٢١

الباب الرابع ٢٤٣

الحكم الدستوري ومبدأ التقيد الذاتي

الفصل الأول: المراحل التي يمر بها الحكم الدستوري ٢٤٥

المبحث الأول: المراحل التي يمر بها حكم المحكمة العليا الأمريكية ٢٤٥

المبحث الثاني: المراحل التي يمر بها حكم المحكمة الدستورية العليا ٢٤٨

الفصل الثاني: العوامل المؤثرة في إصدار الحكم الدستوري ٢٥١

المبحث الأول: طريقة التفسير الدستوري التي تنتهجها أغلبية المحكمة ٢٥١

المبحث الثاني: قيم القضاء الشخصية ٢٥٩

٢٦٢	المبحث الثالث: نص القانون محل الطعن
٢٦٣	المبحث الرابع: البيئة المحيطة بالمحكمة
٢٦٧	المبحث الخامس: دور رئيس المحكمة
٢٦٩	المبحث السادس: مدى تجاوب القضاة مع بعضهم وطبيعة العلاقات بينهم
٢٧٢	المبحث السابع: رأينا في الموضوع
٢٧٥	الفصل الثالث: مبدأ التقييد الذاتي
٢٧٦	المبحث الأول: عناصر مبدأ التقييد الذاتي في أمريكا
٢٨٤	المبحث الثاني: ما لا يتعارض مع مبدأ التقييد الذاتي
٢٨٨	المبحث الثالث: مبدأ التقييد الذاتي في مصر
٢٩٩	الباب الخامس
	محاولات الحد من دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا في مصر
٣٠١	الفصل الأول: محاولات الحد من دور المحكمة العليا الأمريكية
٣٠١	المبحث الأول: التعديل الدستوري
٣٠٥	المبحث الثاني: سحب السلطة القضائية الاستثنائية
٣٠٧	المبحث الثالث: زيادة عدد أعضاء المحكمة
٣١٠	المبحث الرابع: عدم الإذعان لحكم المحكمة
٣١٥	الفصل الثاني: مدى إمكانية الحد من دور المحكمة الدستورية العليا
٣١٦	المبحث الأول: رأى د/ أحمد فتحي سرور رئيس مجلس الشعب والرد عليه
٣١٨	المبحث الثاني: رأى د/ مصطفى أبو زيد والرد عليه
٣٢٢	المبحث الثالث: رأى د/ كمال أبو المجد
٣٢٤	المبحث الرابع: رأينا في الموضوع
٣٢٩	الفصل الثالث: مستقبل الرقابة القضائية الدستورية
٣٣٠	المبحث الأول: مستقبل الرقابة الدستورية المشرق
٣٣٤	المبحث الثاني: نصوص يتوقع القضاء بعدم دستورتها
٣٤١	الباب الختامي
	مدى إمكانية الاستفادة من التجربة الأمريكية والتوصيات الختامية
٣٤٣	الفصل الأول: الدور الدستوري للمحكمة العليا الأمريكية
٣٤٣	المبحث الأول: النظريات المختلفة حول الدور الدستوري للمحكمة العليا
٣٤٥	المبحث الثاني: رأينا حول تقييم أداء المحكمة العليا الأمريكية

الفصل الثاني: الدور الدستوري لمحكمةنا الدستورية وبعض الدروس ٣٥١

المستفادة من التجربة الأمريكية

٣٥١ المبحث الأول: الدور الدستوري لمحكمةنا الدستورية

٣٥٤ المبحث الثاني: بعض الدروس المستفادة من التجربة الأمريكية

٣٥٧ الفصل الثالث: التوصيات الختامية

٣٧٣ الملاحق

٣٧٥ - المراجع

٣٧٥ مراجع عربية

٣٨٨ مراجع إنجليزية

٣٩١ مراجع فرنسية

٣٩٢ بيان لأهم المختصرات

٣٩٣ الفهرس

قائمة إصدارات مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان

أولاً : سلسلة مناظرات حقوق الإنسان :

- ١ . ضمانات حقوق الإنسان في ظل الحكم الذاتي الفلسطيني (بالعربية والإنجليزية) : منال لطفسي ، حضر شقيرات ، راجي الصوراني ، فاتح عزام ، محمد السيد سعيد.
- ٢ . الثقافة السياسية الفلسطينية - الديمقراطية وحقوق الإنسان : محمد خالد الأزعر ، أحمد صدقي الدجاني ، عبد القادر ياسين ، عزمي بشارة ، محمود شقيرات .
- ٣ . ضمانات حقوق اللاجئين الفلسطينيين والتسوية السياسية الراهنة: محمد خالد الأزعر، سليم مملوي، صلاح الدين عامر، عباس شلاق، عبد العليم محمد، عبد القادر ياسين.
- ٥ . الإصلاح الليبرالي للمتغير في مصر وتونس. جمال عبد الحواد، أبو العلا ماضي، عبد الغفار شكر، منصف المرزوقي، وحيد عبد المجيد.

تحت الطبع :

- ٤ . حقوق الإنسان في ظل الظلم الشمولية - حالة السودان ١٩٨٩ - ١٩٩٤ . علاء قاعود

ثانياً : كراسات مبادرات فكرية :

- ١ . الطائفية وحقوق الإنسان : فيوليت داعر.
- ٢ . الضحية والجلاذ : هيثم مناع.
- ٣ . ضمانات الحقوق المدنية والسياسية في الدساتير العربية : فاتح عزام (بالعربية والإنجليزية).
- ٤ . حقوق الإنسان في الثقافة العربية والإسلامية : هيثم مناع (بالعربية والإنجليزية).
- ٥ . حقوق الإنسان وحق المشاركة وواجب الحوار : د. أحمد عبدالله.
- ٦ . حقوق الإنسان - الرؤيا الجديدة : منصف المرزوقي.
- ٧ . تحديات الحركة العربية لحقوق الإنسان : تقديم وتحرير : هيثم مناع (بالعربية والإنجليزية).
- ٨ . نقد دستور ١٩٧١ ودعوة لدستور جديد: أحمد عبد الحفيظ
- ١٠ . المواطنة في التاريخ العربي الإسلامي : د. هيثم مناع. (بالعربية والإنجليزية).

ثالثاً : كراسات ابن رشد :

- ١ . حرية الصحافة من منظور حقوق الإنسان. تقديم : محمد السيد سعيد - تحرير : هيثم مناع.
- ٢ . تجديد الفكر السياسي في إطار الديمقراطية وحقوق الإنسان : التيار الإسلامي والماركسي والقومي. تقديم : محمد سيد أحمد - تحرير : عصام محمد حسن. (بالعربية والإنجليزية).

٣ . التسوية السياسية : الديمقراطية وحقوق الإنسان. تقدم : عبد النعم سعيد - تحرير : جمال عبد الحواد. (بالعربية والإنجليزية).

رابعاً : تعليم حقوق الإنسان :

- ١ . كيف يمكن طلاب الجامعات في حقوق الإنسان ؟ (ملف يضم البحوث التي أعدها الدارسون - تحت إشراف المركز - في الدورة التدريبية الأولى ١٩٩٤ للتعليم على البحث في مجال حقوق الإنسان).
- ٢ . أوراق المؤتمر الأول لشباب الباحثين على البحث المعرفي في مجال حقوق الإنسان (ملف يضم البحوث التي أعدها الدارسون - تحت إشراف المركز - في الدورة التدريبية الثانية ١٩٩٥ للتعليم على البحث في مجال حقوق الإنسان).
- ٣ . مقدمة لفهم منظومة حقوق الإنسان. محمد السيد سعيد

خامساً : مبادرات نسائية:

- ١ . موقف الأطباء من ختان الإناث. أمال عبد الهادي
- ٢ . لا تراجع: كفاح قرية مصرية للقضاء على ختان الإناث . أمال عبد الهادي

مطبوعات دورية:

- ١ . " سواسية " : نشرة دورية باللغتين العربية والإنجليزية.
- ٢ . رؤى مغايرة : مجلة غير دورية بالتعاون مع مجلة MERIP .
- ٣ . رواق عربي : دورية بحثية باللغتين العربية والإنجليزية.
- ٤ . قضايا الصحة الإنجابية: مجلة غير دورية بالتعاون مع مجلة Reproductive Health

إصدارات مشتركة :

- أ - بالتعاون مع المجلس القومي للمنظمات غير الحكومية :
- ١ - التشويه الجنسي للإناث (الختان) : أوهام وحقائق / د. سهام عبد السلام
- ٢ - ختان الإناث / أمال عبد الهادي
- ب - بالتعاون مع المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية (مواطن)
- ١ - إشكاليات تعثر التحول الديمقراطي في الوطن العربي / تحرير د. محمد السيد سعيد، د. عزمي بشارة
- ج - بالتعاون مع جماعة تنمية الديمقراطية و المنظمة المصرية لحقوق الإنسان
- ١ - من أجل تحرير المجتمع المدني: مشروع قانون بشأن الجمعيات و المؤسسات الخاصة.

الطروحات جامعية

تأتي هذه السلسلة كتطور طبيعي للمهمة التي أخذها مركز القاهرة على عاتقه من دفع العمل البحثي في مجال حقوق الإنسان وخاصة في البحث عن مقاربات جديدة لدراسة قضية حقوق الإنسان بأبعادها المختلفة في العالم العربي.

وتستهدف هذه سلسلة من ناحية تشجيع الباحثين العرب على إعداد رسائل الماجستير والدكتوراه في مجال حقوق الإنسان، ومن ناحية أخرى سد فراغ المكتبة العربية في مجال الدراسات الأكاديمية في مجال حقوق الإنسان، وذلك من خلال نشر أبرز هذه الطروحات وجعلها في متناول القارئ العربي.

